

Debates contemporáneos sobre la eficacia de los derechos humanos en la globalización



Roberto Martínez Regino
Héctor Alejandro Ramírez Medina
Raúl Alberto Olivares Brito
José Antonio Álvarez León
(coordinadores)

Universidad Autónoma del Estado de Morelos

Debates contemporáneos sobre la
eficacia de los derechos humanos
en la globalización

Debates contemporáneos sobre la eficacia de los derechos humanos en la globalización

Roberto Martínez Regino
Héctor Alejandro Ramírez Medina
Raúl Alberto Olivares Brito
José Antonio Álvarez León
(coordinadores)



Debates contemporáneos sobre la eficacia de los derechos humanos en la globalización / Roberto Martínez Regino, Héctor Alejandro Ramírez Medina, Raúl Alberto Olivares Brito, José Antonio Álvarez León (coordinadores). - - Primera edición. - - México : Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Procuraduría de los Derechos Académicos, 2023.

544 páginas

ISBN 978-607-8951-00-0

1. Derechos humanos y globalización 2. Derechos civiles 3. Derechos humanos – Estudio de casos

LCC JC571

DC 323

Esta obra fue dictaminada por pares académicos bajo la modalidad doble ciego.

Debates contemporáneos sobre la eficacia de los derechos humanos en la globalización
Primera edición, julio de 2023

D.R. © 2023, Roberto Martínez Regino, Héctor Alejandro Ramírez Medina, Raúl Alberto Olivares Brito y José Antonio Álvarez León (coordinadores).

D.R. © 2023, Universidad Autónoma del Estado de Morelos
Av. Universidad 1001, col. Chamilpa, CP 62209, Cuernavaca, Morelos, México
publicaciones@uaem.mx
libros.uaem.mx

Revisión de textos: Paola Lisbeth Cadena Cosme
Imagen de portada: *Varitas Libertas*, Ignacio Pérez de León Magaña
Diseño de portada, interiores y maquetación: José Manuel Guevara García

ISBN: 978-607-8951-00-0
DOI: 10.30973/2023/debates-contemporaneos

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0).



El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja el punto de vista de los dictaminadores, del editor o de la UAEM. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.

Hecho en México

CONTENIDO

EN PORTADA ······	9
<i>Ignacio Pérez De León Magaña</i>	
PRÓLOGO ······	11
<i>Gustavo Urquiza Beltrán</i>	
PRESENTACIÓN ······	15
<i>José Antonio Álvarez León; Héctor Alejandro Ramírez Medina</i>	
INTRODUCCIÓN ······	19
<i>Alberto Olivares Brito; Roberto Martínez Regino</i>	
EL COMPORTAMIENTO DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ANÁLISIS DE SENTENCIAS ······	27
<i>Armando Hernández Cruz</i>	
POLÍTICAS TRIBUTARIAS Y PRESUPUESTARIAS PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS ······	39
<i>Pastora Melgar Manzanilla</i>	
LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR. UN ENFOQUE HERMENÉUTICO ······	77
<i>Paola Martínez Vergara</i>	
DERECHOS HUMANOS EN GRUPOS VULNERABLES: DERECHOS DE LA NIÑEZ ······	99
<i>Adolfo Eduardo Cuitláhuac Montoya López</i>	
MUJERES Y FEMINISMO: UN ANÁLISIS HISTÓRICO-JURÍDICO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO ······	117
<i>Libia Y. Contreras Yttesen</i>	
LOS DESCA Y SU PROTECCIÓN JUDICIAL CON ALCANCES DISTRIBUTIVOS PRESUPUESTARIOS ······	147
<i>Roberto Martínez Regino</i>	
DERECHOS HUMANOS Y LITERATURA ······	177
<i>Humberto Rosas Vargas</i>	
LA DEFENSORÍA UNIVERSITARIA Y SUS DESAFÍOS EN MATERIA DE GÉNERO EN LA UNIVERSIDAD DE CHILE ······	199
<i>Ana María Moure Pino</i>	
DEMOCRACIA EN SINCRONÍA. MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y SOCIEDAD ······	219
<i>Ana Josefina Bello Jiménez; Héctor Alejandro Ramírez Medina</i>	

DERECHO AL OLVIDO DIGITAL ······	243
<i>Julio César Bonilla Gutiérrez</i>	
DERECHO HUMANO DE LIBERTAD RELIGIOSA ······	281
<i>Eric Daniel Padilla Almazán</i>	
LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO HERRAMIENTAS PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ······	319
<i>San Vicente Parada Aida del Carmen</i>	
DERECHO CULTURAL: DIEZ AÑOS DE REZAGO EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS ······	335
<i>Erika Flores Déleon</i>	
EL ORIGEN DE LA RED IBEROAMERICANA DE DEFENSORÍAS UNIVERSITARIAS (RIDDU): LAS RAZONES Y CIRCUNSTANCIAS DE UN NACIMIENTO ······	352
<i>Argimiro Rojo Salgado</i>	
EL SISTEMA DE SALUD MEXICANO. RETOS ANTE LA PANDEMIA POR COVID-19 ······	375
<i>Erika Lozano Orozco; José Nabor Cruz Marcelo</i>	
INFANCIAS TRANS, SU DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN MÉXICO Y EL CONTEXTO GLOBAL ······	411
<i>Roselia Rivera Almazán</i>	
LA INTERPRETACIÓN FILOSÓFICA DE LAS NORMAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS ······	441
<i>Abril Uscanga Barradas</i>	
LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO: DERECHO COMPARADO ENTRE LA ARGENTINA Y MÉXICO ······	460
<i>Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria</i>	
A UNA DÉCADA DE LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. REFLEXIONES DESDE LA POLÍTICA CRIMINAL EN MÉXICO. ······	474
<i>José Antonio Álvarez León</i>	
ALCANCES DEL DERECHO A LA SALUD EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PROFESIONALES MÉDICOS ······	494
<i>Javier Diez García</i>	
VIOLENCIA POLÍTICA CONTRA LAS MUJERES EN RAZÓN DE GÉNERO. UN ANÁLISIS DESDE LA TÉCNICA LEGISLATIVA. ······	516
<i>Claudia Guadalupe Zuloaga Thomassiny</i>	

EN PORTADA

Ignacio Pérez De León Magaña¹

Varitas libertas



Es la representación del mundo desdoblado en dos seres duales que se complementan, haciendo referencia a la interconexión entre las diferentes naciones del mundo. Uno tiene un libro en la mano que simboliza los derechos humanos, del cual se desprenden las hojas que comienzan a revolotear a su alrededor convirtiéndose en un segundo nivel como en aves que simbolizan la libertad que traen los derechos humanos al mundo, y estos a su vez se convierten en satélites los cuales representan la globalización. De esta manera se crea una especie de metáfora donde los derechos humanos escritos en libros han trascendido gracias a la tecnología en sistemas globales que protegen al mundo buscando la igualdad entre los individuos.

¹ Artista Plástico de la Facultad de Artes y Diseño de la UNAM. Contacto: nachdeshi@gmail.com

PRÓLOGO

En la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, comprometidos con la formación de profesionales de excelencia que incidan en la transformación de la sociedad, nos congratulamos de poder acercarnos a la comunidad universitaria, así como a la sociedad en general, los productos de investigación crítica que recojan la diversidad de pensamiento frente a las múltiples necesidades sociales, en los que además de realizar reflexiones se aperturen las posibilidades de incidir directamente en los cambios sociales tan necesarios.

Los productos de investigación como los que se presentan en esta obra, abordan temáticas que constituyen fuente de interés y preocupación desde la academia vinculados a las demandas sociales, mismas que son resultado del esfuerzo constante y persistente de posturas científicas que han permitido la apertura y continuo desarrollo de líneas de investigación para la innovación del conocimiento susceptible de aplicación.

Es por tanto que la presente obra invita a la reflexión de los temas en los que se plantean circunstancias de interés local, nacional así como global, materiales que bajo una metodología comparativa internacional, amplían la visión que se tiene sobre diversas necesidades y problemáticas en la sociedad.

La obra aborda las principales demandas sociales sobre la eficacia de los derechos humanos y la situación que guardan en el contexto de la globalización, dando la pauta para reunir diversos capítulos cuyos contenidos constituyen reflexiones o conocimiento de frontera. Por lo tanto, tengo el enorme agrado de presentar, el esfuerzo de diferentes autores nacionales e internacionales expertos en cada uno de los temas desarrollados.

Cabe destacar que si bien, el eje central de esta obra versa en materia de Derechos Humanos, se trata de veintidós trabajos diversos que abordan entre otros planos las siguientes temáticas: políti-

cas tributarias, presupuesto público, derechos económicos sociales y culturales (DESCA), la política criminal en México, la nulidad del acto administrativo, personas con discapacidad, interpretación filosófica, el ámbito familiar, de igual forma, tópicos de democracia y medios de comunicación, el entorno digital, salud, literatura, libertad religiosa, la cultura, género e infancia, así como el contexto universitario, dando pie a una obra con una diversidad de temas contemporáneos que invitan a mirar los fenómenos que se presentan desde otras ópticas, y en algunos casos son tan ampliamente novedosos que advierten la conformación de cambios paradigmáticos en la concepción de los derechos humanos.

Todos los materiales incluidos, acompañan al lector bajo una perspectiva abierta, por ejemplo: al abordar las tendencias del manejo presupuestal para la defensa de los derechos humanos, coloca bajo el escrutinio público las nuevas formas de distribución presupuestal, mirando a aquellos sectores que precisan de mayor impulso. Por otra parte, los temas relacionados con el funcionamiento de las instituciones del Estado ante las graves necesidades sociales, refuerzan que deben desarrollarse más y mejores mecanismos de control estatal, de igual forma el abordaje en torno a la situación de los diversos grupos vulnerables que en México aún carecen del resguardo jurídico que materialice las aspiraciones humanas.

En este mismo sentido, se incluyen temas que van marcando el rumbo en temas de tecnología y manejo de la información, la atención de la infancia, las construcciones culturales en torno al género, la protección de los derechos académicos en las universidades, así como la cada vez mayor apertura de inclusión social, vuelven este trabajo una herramienta diversa que permite orientar la atención hacia la eficacia de los derechos humanos en el mundo, pugnando por la preparación académica, con apertura al cambio y la transformación, ante los desafíos presentes y futuros.

Sin duda, las reflexiones que se abordan en este trabajo, facilitarán fomentar la deliberación de nuevas formas de atender y lograr la eficacia de los derechos humanos bajo los actuales elementos dinámicos en la globalización.

*Por una humanidad culta
Una universidad de excelencia*

Dr. Gustavo Urquiza Beltrán
Rector de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos

PRESENTACIÓN

Sin duda alguna, hoy en día cualquier actividad humana a nivel individual o social, actividades de la sociedad civil organizada o incluso de las instituciones del Estado están necesariamente vinculadas con los dos grandes ejes de la obra que el lector tiene en sus manos: los Derechos Humanos y la Globalización.

Por un lado, los Derechos Humanos definidos por Mario Álvarez Ledesma como “Aquellas exigencias éticas de importancia fundamental que se adscriben a toda persona humana, sin excepción, por razón de esa sola condición. Exigencias sustentadas en valores o principios que se han traducido históricamente en normas de derecho nacional e internacional en cuanto a parámetros de justicia y legitimidad política”.

Asimismo, Rodolfo Cerdas definió en 1997 la Globalización como “el acelerado proceso de cambio que, a nivel mundial, se ha venido desarrollando en todos los ámbitos del quehacer humano, pero muy particularmente en lo referente a lo militar, lo económico, el comercio, las finanzas, la información, la ciencia, la tecnología, el arte y la cultura”.

En ese orden de ideas, no es de sorprendernos que las investigaciones académicas aquí presentadas sean visiones contemporáneas de cambios coyunturales y de propuesta de cambios a la estructura de las sociedades, analizando así diversos ejes de la vida en sociedad desde los grupos vulnerables con temas como los derechos de la niñez, personas con discapacidad, los derechos de la comunidad LGBTIQ+, feminismo, violencia política en razones género, el comportamiento del poder judicial y la esfera de protección de los derechos político-electorales, la nulidad del acto administrativo, la protección y alcance de los DESCAs pero también el análisis presupuestal para su eficacia y eficiencia, y de esta última como materializarla a las cuestiones no tangibles como el derecho al olvido digi-

tal, la libertad religiosa, los derechos culturales. Por otro lado, también se hace análisis de las políticas públicas desde la reforma en materia de derechos humanos como son la Política Criminal, Educación a nivel superior y la protección de los derechos universitarios, las responsabilidades de los profesionales médicos, medios de comunicación y su sincronía con la sociedad, los retos de nuestro sistema de salud que salieron a la luz con la Pandemia de la COVID-19 y finalmente las interpretaciones filosóficas de las normas.

El material que el lector tiene de frente es multi y transdisciplinario lo que lo hace, creemos, invaluable, toda vez que los autores, si bien, partiendo generalmente de conceptos de filósofos clásicos logran actualizarlos a la realidad donde el centro de la política pública es el ser humano, logran incluso cuestionar la vigencia de grandes contractualistas, se despierta el interés por voltear a ver el actuar del Estado y sus Instituciones y como se legitima el actuar de las personas que mediante un sistema democrático ponemos al frente de estas.

De manera individual algunos autores nos invitan a cuestionarnos de manera legítima si el Contrato Social sigue vigente, si hay que reformarlo o si el individualismo de la sociedad del siglo XXI dejará de lado al utilitarismo.

Finalmente, agradecemos el esfuerzo y colaboración de Abril Usanga Barradas, Armando Hernández Cruz, Pastora Melgar Manzanilla, Adolfo Eduardo Cuitláhuac Montoya López, Paola Martínez Vergara, Libia Y. Contreras Ittesen, Roberto Martínez Regino, Ana María Moure Pino, Julio César Bonilla Gutiérrez, Ana Josefina Bello Jiménez, Erick Daniel Padilla Almazán, Aida del Carmen San Vicente Parada, Argimiro Rojo Salgado, Erika Flores Déleon, José Nabor Cruz Marcelo, Erika Lozano Orozco, Javier Diez García, Humberto Rosas Vargas, Roselia Rivera Almazán, Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria y Claudia Guadalupe Zuloaga Thomassiny.

Indiscutiblemente ha sido fundamental el apoyo y confianza del Dr. Gustavo Urquiza Beltrán, Rector de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, al abrir las puertas de la prestigiada Institución que tiene a su digno cargo y permitirnos poner su sello editorial en esta publicación.

José Antonio Álvarez León
Héctor Alejandro Ramírez Medina
FES Acatlán - UNAM
Enero 2023

INTRODUCCIÓN

En la actualidad es indiscutible la existencia de la globalización con sus notorias características como son: el aumento de la intensidad de las relaciones en diversas latitudes del planeta, la actividad económica de dimensión mundial, la emersión de actores políticos internacionales, intercambios culturales, así como problemas de alcance mundial, y que permiten identificar su clara influencia en el Estado-Nación y en el derecho.

Así, dentro de los diversos procesos que integran a este fenómeno social planetario, como lo es la tendencia económica neoliberal cuya incidencia ha sido más fuerte, han modificado el diseño del Estado moderno, así como los referentes tanto del poder político como del económico.

En este contexto, en la manifestación de la globalización, el Estado continúa siendo el principal sujeto obligado en la cumplimiento de los derechos humanos, como uno de los objetivos que justifica su existencia, y en forma complementaria por los órganos supranacionales. Esto es así mientras continua la búsqueda de integración de los países y creación del Estado planetario para atender y resolver en forma integral los problemas que acontecen.

Sin duda, las diversas necesidades sociales han hecho posible que las personas busquen medios para su satisfacción, uno de ellos ha sido a través de la institucionalización de los derechos humanos en las disposiciones jurídicas nacionales e internacionales para que a partir de ellas se desplieguen políticas que concreten los derechos fundamentales. No obstante lo anterior, la eficacia de los derechos humanos no es una actividad sencilla, considerando la complejidad de las causas de los problemas nacionales en medio de factores globales, que implican reflexionar en forma novedosa las amplias instituciones que puedan aplicarse para la consecución de tales valores.

En este sentido, el objetivo de la presente obra ha implicado generar conocimiento de frontera mediante la reflexión de diversos fenómenos que acontecen en la realidad, apreciando múltiples problemas estructurales con amplios alcances: local, nacional e internacional, desde enfoques multidisciplinarios, pero con la convergencia del mejor diseño de referentes institucionales que su aplicación e impactos permitan alcanzar para cumplir los derechos de las personas.

De esta manera, en cada temática los autores respectivos estudian una problemática actual, los obstáculos así como los retos que se desprenden para superar aquella, pues su transversalidad permite encontrar respuestas a amplios cuestionamientos de las formas de satisfacción que los derechos humanos requieren a partir de nuevos trazos de las coordenadas que el Estado debe asumir.

En el primer capítulo intitulado *El comportamiento del poder judicial de la federación en la protección de los derechos político-electorales de las personas con discapacidad. Análisis de sentencias*, Armando Hernández Cruz estudia el impacto que ha tenido el Poder Judicial de la Federación (a través de criterios y dos casos paradigmáticos) en grupos sociales que históricamente se han encontrado en estado de vulnerabilidad, como son las personas con discapacidad, cuyos derechos político-electorales deben ser protegidos, así como los retos de acciones afirmativas idóneas que acontecen al respecto para lograrlo.

A continuación, Pastora Melgar Manzanilla, en *Políticas tributarias y presupuestarias para la efectividad de los derechos humanos*, invita a reflexionar respecto al alcance de las obligaciones del Estado de identificar las fuentes de recursos económicos, el vínculo entre políticas tributarias y presupuestarias, así como la necesidad de su concreción en objetivos reales y asequibles que permitan financiar a las políticas que materialicen los amplios derechos humanos. En este sentido permite visualizar los retos que acontecen respecto a las políticas tributarias justas para financiar los derechos de las personas.

Del contenido del capítulo de Paola Martínez Vergara *Los derechos humanos en el ámbito familiar. Un enfoque hermenéutico*, se debate en torno a la existencia de los derechos humanos en la familia, de ahí la importancia que esta última como célula social se le proteja por el Estado, y este al asumir diversidad de deberes de fuente constitucional e internacional deba cumplirlos atendiendo a los múltiples criterios hermenéuticos aplicables a tales derechos para lograr su eficacia.

Adolfo Eduardo Cuitláhuac Montoya López, en su capítulo intitolado *Derechos humanos en grupos vulnerables: Derechos de la niñez*, comparte sus reflexiones en relación a la importancia del derecho a la igualdad, —reconocido en diversidad de disposiciones normativas nacionales e internacionales— y la existencia de diversos elementos que generan la vulnerabilidad e incumplimiento de los derechos de la niñez. Así, al vincular aquel derecho con el acceso a la justicia y aplicación del interés superior del menor, comparte los actuales retos que imperan en sede judicial respecto a la exigibilidad de otros derechos más y la necesidad de la protección efectiva de derechos de las niñas, niños y adolescentes para la armonía social.

Por su parte Libia Y. Contreras Yttesen, en *Mujeres y feminismo: un análisis histórico-jurídico con perspectiva de género*, realiza una interesante reflexión respecto al desarrollo evolutivo del feminismo y cómo este movimiento ha permitido exigir derechos para las mujeres desde diversas latitudes del mundo como es el europeo, y con ello estudia la participación política de las mujeres en la época independiente en México, a fin de comprender que el derecho ha sido un instrumento para legitimar las relaciones desiguales entre hombres y mujeres, pudiendo dimensionar las actuales características que posee al respecto el actual sistema jurídico en el Estado.

Posteriormente, el autor Roberto Martínez Regino en su capítulo *Los DESCAs y su protección judicial con alcances distributivos presupuestarios*, reflexiona respecto a la necesidad del cumplimiento por el Estado de los DESCAs con políticas públicas financiadas en forma idónea, y en el caso de la ausencia de estas últimas la tutela judicial efectiva de tales derechos considerando aspectos de justicia distributiva en forma equitativa de los recursos económicos, tema que incentiva el debate de la distribución presupuestal para el respaldo económico de políticas para tales derechos y con ello concretarse las sentencias que ordenan su cumplimiento, logrando así la dignidad de las personas al aumentar su autonomía y libertad de elegir.

Asimismo, Humberto Rosas Vargas, en *Derechos Humanos y Literatura*, estudia los efectos de la deshumanización y la necesidad de empatía de pensar y ejercer el derecho, mostrando la estrecha vinculación entre este último y la cultura. Sin duda su reflexión permite apreciar la increíble necesidad de atención no solo normativa por el Estado sino de condiciones materiales para que sea efectiva esta última. Así, el autor invita a apreciar interesantes desafíos al recobrar relevancia de lo humano y la forma de pensar el derecho.

Ana María Moure Pino, en el capítulo *La Defensoría Universitaria y sus desafíos en materia de género en la Universidad de Chile*, reflexiona respecto a la trascendencia de las funciones del defensor universitario respecto a la equidad de género como Objetivo de Desarrollo Sostenible de acuerdo a la agenda 2030, para ello parte de un estudio comparado respecto a la funcionalidad de dicho ente, a fin de comprender el desempeño de dicho *ombudsman* en diversas universidades del país, y así compartir el avance que tiene y debe asumir como retos en la materia la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Posteriormente, Ana Josefina Bello Jiménez y Héctor Alejandro Ramírez Medina en *Democracia en sincronía. Medios de comunicación y sociedad*, reflexionan respecto a la trascendencia de la libertad de

expresión en el actual contexto de los derechos humanos en el país a través de diversos referentes nacionales e internacionales normativos, su vínculo con el derecho al acceso a la información para la debida protección de la labor periodística y el fomento de la rendición de cuentas en el periodismo de investigación.

En el capítulo *Derecho al olvido digital*, de Julio César Bonilla Gutiérrez, el autor identifica la violación de los derechos a la autodeterminación informativa, la protección de datos personales, la intimidad, la privacidad y el libre desarrollo de la personalidad, por la información que se sube a internet como son los datos personales y que ante los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de su protección, estudia el derecho al olvido digital en su relación con otros derechos humanos, el desarrollo en el ámbito europeo y los retos que se presentan en México para su eficacia.

Eric Daniel Padilla Almazán en *Derecho humano de libertad religiosa*, estudia en la actual discusión de los alcances del cumplimiento de la libertad religiosa y la vida social en el país, los debates respecto al cumplimiento de aquel en la relación del Estado y la Iglesia, la superación del laicismo por laicidad así como los nuevos referentes de la naturaleza del derecho eclesiástico mexicano.

Por su parte Aida del Carmen San Vicente Parada en el capítulo *Las políticas públicas como herramientas para garantizar los derechos de las personas con discapacidad*, estudia el fenómeno de la discapacidad de las personas, sus efectos y contexto, identificando así las diversas barreras existentes así como la necesidad de contar con políticas públicas idóneas, para superar problemas sociales, su inclusión y el cumplimiento de sus derechos humanos, considerando las diversas áreas de oportunidad que tiene el Estado mexicano.

Erika Flores Déleon en *Derecho cultural: diez años de rezago en la implementación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, identifica la existencia de diversas problemáticas que dificultan la

protección de los derechos culturales, ello la motiva a compartirnos sus reflexiones respecto a la dimensión del problema y la importancia de políticas públicas idóneas para efectivizarlos, garantizando así el desarrollo de la cultura, y superando obstáculos normativos y de política operativa para el sector cultural en general y en particular al sector cultura.

Argimiro Rojo Salgado en el capítulo *El origen de la red iberoamericana de defensorías universitarias (RIDDU): Las razones y circunstancias de un nacimiento*, comparte el estudio respecto a la existencia del *ombudsperson* universitario para la protección de los derechos humanos, sus fines y entrelazamientos con otros entes semejantes en el ámbito nacional e internacional, cuyo trabajo colaborativo ha dado pauta al surgimiento y trabajo constante de la Red Iberoamericana de Defensorías Universitarias (RIDDU), bajo el cual se impulsa la reflexión, el debate y la aplicación de prácticas en temas y necesidades en común.

Erika Lozano Orozco y José Nabor Cruz Marcelo en *El sistema de salud mexicano. Retos ante la pandemia por COVID-19*, comparten sus reflexiones respecto a la necesidad de lograr la eficacia del derecho humano social a la salud, para ello estudian los diversos elementos previos a la pandemia por el COVID-19, durante y en forma posterior a dicha emergencia sanitaria, a fin de identificar fortalezas y debilidades institucionales multidimensionales para lograr la salud de las personas, así como el bienestar de la sociedad mexicana.

A continuación, Roselia Rivera Almazán en el capítulo *Infancias trans, su derecho humano a la identidad de género en México y el contexto global*, identifica la existencia de la violación del derecho humano a la identidad de género respecto a las infancias trans, al sostener que la identidad es individual y la construcción del género es colectiva pero esta última al basarse en el binarismo sexual genera diversos tipos de violencias, por ello atendiendo a los deberes del Estado

respecto a los derechos humanos, reflexiona la necesidad de protección por su estado de vulnerabilidad través de una nueva forma de acción pública.

Posteriormente, Abril Uscanga Barradas en el capítulo *La interpretación filosófica de las normas en materia de derechos humanos*, estudia la importancia del Derecho, su dinamismo y los retos que los juristas presentan respecto de aquel, entre ellos como lo es la interpretación filosófica de las normas bajo la teoría jurídica contemporánea de los derechos humanos y las decisiones judiciales idóneas respecto a las controversias de los justiciables.

Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria en *La nulidad del acto administrativo: derecho comparado entre la Argentina y México*, realiza un estudio respecto al acto administrativo, sus elementos y los efectos de la ausencia de estos últimos en el ámbito jurídico y fáctico desde el contexto de Argentina y México, identificando diversas coincidencias y diferencias tanto en teórica como en el aspecto normativo, aspecto que trasciende en la continuidad de generación nuevo conocimiento.

Asimismo, José Antonio Álvarez León en el capítulo *A una década de la reforma en materia de Derechos Humanos. Reflexiones desde la política Criminal en México*, explica el resultado de sus reflexiones mediante las cuales afirma las razones por las que los indicadores científicos de la política criminal indican porque no hay disminución del control punitivo de las personas, mucho menos baja de la violencia y aumento del bienestar, pese a la existencia del sistema de derechos humanos en la justicia penal, frente a ello, comparte diversas áreas de oportunidad para una armonía social y eficacia de los derechos de las personas.

A continuación Javier Diez García en *Alcances del derecho a la salud en relación con la responsabilidad penal de los profesionales médicos*, comparte una serie de reflexiones respecto al derecho a la salud, su alcance

y el deber del Estado de cumplirla a través de servicios públicos idóneos. Es así que estudia cómo en el cumplimiento de tal derecho puede el profesional médico incurrir en diversos tipos de responsabilidad entre ellos en materia penal ante incumplimiento de los derechos del paciente.

Finalmente, Claudia Guadalupe Zuloaga Thomassiny en el capítulo *Violencia Política contra las Mujeres en Razón de Género. Un Análisis desde la Técnica Legislativa*, realiza un interesante estudio respecto a la violencia por razón de género que afecta a las mujeres entre ellas el de tipo político, sus diversas manifestaciones, de ahí la importancia de la emisión normativa para atender dicha problemática así como de la reflexión de la autora respecto a la discusión legislativa previa a esta última, mediante su estudio a través de los diversos niveles de racionalidad, a través de la cual afirma se trata de una reforma con lenguaje claro, sencillo y comprensible a quienes está dirigida.

En este sentido, cada capítulo aporta diferentes reflexiones bajo rasgos particulares, de las diversas maneras de atender los retos en la eficacia de los derechos humanos en una realidad donde la manifestación de problemas causados por fenómenos sociales se caracteriza por su complejidad ante diversos elementos e incidencia de la globalización.

M. en D. Alberto Olivares Brito
Dr. Roberto Martínez Regino

**EL COMPORTAMIENTO DEL PODER JUDICIAL DE LA
FEDERACIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
POLÍTICO-ELECTORALES DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD. ANÁLISIS DE SENTENCIAS**

Armando Hernández Cruz¹

I. COMPORTAMIENTO JUDICIAL

En materia electoral para lograr la igualdad se han requerido esfuerzos en conjuntos entre los poderes legislativos, jurisdiccionales y administrativos, para conseguir que las poblaciones que históricamente han sido discriminadas vean garantizados sus derechos político-electorales, dichos derechos son reconocidos como derechos humanos, de ahí la importancia de recalcar los derechos como la no discriminación y la inclusión, que son indisolubles a la nación de democracia.

Se han incorporado a nuestra legislación otras formas de inclusión como son: las acciones afirmativas a favor de personas indígenas, personas con discapacidad, jóvenes, migrantes y grupos de diversidad sexual, que son grupos sociales que históricamente se han encontrado en situaciones de vulnerabilidad. Estas acciones buscan superar la exclusión histórica que ha existido alrededor de estas poblaciones. Una democracia incluyente debe tomar en cuenta la incorporación de todos los sectores sociales, así como se ha logrado la participación política de la mujer.

Cuando se habla del concepto de inclusión, lo podemos considerar en general para todos los grupos sociales en condiciones históricas de vulnerabilidad, aunque particularmente la inclusión es un concepto asociado a la condición de discapacidad, incluso la

¹ Doctor en Derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Especialidad en Derecho Constitucional. Salamanca, España. Actualmente Profesor Investigador del Centro de Investigación y Docencia Económicas.

Ley General se llama *Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad*. Si hay algún grupo social que tiene la necesidad de inclusión, es el de las personas con cualquier tipo de discapacidad.

Los cambios políticos que atraviesa nuestro país en los últimos años han provocado un complejo y acelerado proceso de replanteamiento del papel de la sociedad y el orden jurídico, proceso que sin duda ha logrado una mayor y consciente participación ciudadana en las elecciones tanto federales como locales.

En la actualidad, el sistema político mexicano, no solo requiere de mejores instituciones con capacidad de tomar y sostener sólidas decisiones, sino también de mecanismos idóneos para garantizar la legalidad en la actuación de los sectores público y privado. Ello exige un equilibrio entre lo justo y lo legal. Aquella justicia que evoluciona por la trascendencia de las determinaciones judiciales, a la que todos como gobernados veamos como una real protección de nuestros derechos humanos, y que trasciende al antiguo paradigma del positivismo jurídico como visión única de la justicia como “estricta aplicación de la ley.”

Para ello requerimos constantemente de la modernización del derecho y sus instituciones, así como la eficacia de las decisiones judiciales, para lograr el fin primordial del derecho que es el bien común, reflejado auténticamente en una sana función judicial, que se logra a través de las instituciones que garantizan la certeza y la imparcialidad en la administración de justicia electoral.

II. ELEMENTOS TEÓRICOS

Para los fines del presente estudio, se pretende analizar dos criterios judiciales dictados respectivamente por el supremo tribunal mexicano y el máximo tribunal en materia electoral, en torno a casos donde se buscó la protección de derechos político-electorales

de personas con discapacidad, y a partir de ello se buscará explicar por qué dichos órganos jurisdiccionales decidieron resolver de la forma en que lo hicieron.

La hipótesis es que, las y los integrantes de las máximas instancias del Poder Judicial de la Federación, no han logrado establecer aún las bases para la consolidación de un modelo de democracia incluyente en México.

Se busca identificar y explicar algunas de las causas que determinaron el comportamiento judicial de la SCJN y a la Sala Superior del TEPJF al resolver casos en materia de protección de derechos políticos electorales de las personas con discapacidad, tomando en cuenta los 8 principios que establece el *Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren Derechos de Personas con Discapacidad*², que son los siguientes:

- a) Discapacidad a partir de un modelo social y de los derechos humanos.
- b) Amplia protección de los derechos de las personas con discapacidad.
- c) Igualdad y no discriminación.
- d) Respeto a la dignidad inherente, autonomía individual, libertad en la toma de decisiones e independencia de las personas.
- e) Participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.
- f) Respeto por las diferencias, aceptación de las discapacidades en relación con la diversidad y condición humana.
- g) Respeto a la evolución de las facultades de las y los niños con alguna discapacidad, y el derecho a preservar su identidad.

III. ANÁLISIS DE CRITERIOS JUDICIALES

“Criterio emitido por el Pleno de la SCJN, en la Acción de Inconstitucionalidad 38/2014 y sus acumuladas 91/2014, 92/2014 y 93/2014, 2 de octubre de 2014”

² SCJN; Naciones Unidas. Derechos Humanos; y Senado de la República. https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/Mesas_DH/docs/CPV_M5.pdf

En 2014 iniciaron diversas acciones de inconstitucionalidad que buscaban la declaración de invalidez de diversos artículos de la *Ley Electoral para el Estado de Nuevo León*. El objetivo de los Representantes del Partido Verde Ecologista de México, Partido del Trabajo, Movimiento Ciudadano y Partido Acción Nacional, versaba en la impugnación de la fracción V del artículo 8 (relativo a impedimentos para ser elector): “*estar sujeto a interdicción judicial o estar aislado en establecimientos públicos o privados para toxicómanos, enfermos mentales o ebrios consuetudinarios*”, esto por estimar que se trataba de un acto discriminatorio al imposibilitar a personas declaradas “*interdictas*” o aquellas que se encuentren recluidas en centros para el tratamiento de enfermedades mentales a ejercer su derecho al sufragio activo, lo anterior aplicando una generalidad, sin considerar las complejidades del ciudadano.

El Máximo Tribunal Constitucional, determinó que la limitante del sufragio activo no perseguía ningún fin constitucionalmente legítimo, ni se habían detectado elementos de razonabilidad o motivación reforzada que lo demostrasen, por lo que fue declarada inválida la porción normativa en los siguientes enunciados: “*Estar sujeto a interdicción judicial*”, así como la diversa: “*...enfermos mentales...*”, siendo reformadas ambas porciones normativas del orden jurídico.

1 CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

“La Ley Electoral para el Estado de Nuevo León, en el artículo 8, presupone una violación del derecho a la no discriminación, la capacidad jurídica y la participación en la vida política y pública, incluyendo un derecho fundamental que es el acceso para ejercer el voto, al instituir criterios discriminatorios apoyados en una calidad sospechosa claramente contraria a la dignidad de las personas, ya que no se cumplió un adecuado balance entre la limitación del derecho al sufragio activo y el objetivo que se pretendía alcanzar. Con lo anterior, es evidente que no

se hallaron elementos de razonabilidad o de motivación fortalecida, durante el proceso de la técnica legislativa, la competitividad, escasez o proporcionalidad de tal restricción, lo que supone la invalidez de tal norma”³.

Criterio contenido en la Tesis XXVIII/2018 de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LAS AUTORIDADES ELECTORALES TIENEN EL DEBER DE ADOPTAR MEDIDAS QUE GARANTICEN SU EFECTIVO ACCESO A LA JUSTICIA DE ACUERDO CON EL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD.- *De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1º y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 2, 4, 5, 13, y 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 3 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y con la tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “DISCAPACIDAD. SU ANÁLISIS JURÍDICO A LA LUZ DEL MODELO SOCIAL CONSAGRADO EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD”, todas las autoridades del Estado se encuentran obligadas a adoptar las medidas necesarias para garantizar la igualdad sustantiva y estructural, así como la no discriminación de las personas con discapacidad. En términos de lo expuesto, las autoridades jurisdiccionales electorales, deben asegurar el acceso efectivo a la justicia de las personas con discapacidad desde una perspectiva que observe el llamado “modelo social de discapacidad”, con base en el cual se asume que las limitaciones a las que se ven sometidas las personas con discapacidad son generadas por la falta de servicios que tomen en cuenta y atiendan sus necesidades, a efecto de dotarles, en la mayor medida posible, de elementos y condiciones de accesibilidad que garanticen su autonomía; tales como, la asignación de un asesor jurídico, el acondicionamiento estructural de espacios físicos, el acompañamiento de personas de confianza*

³ SCJN. CUADERNOS DE JURISPRUDENCIA núm. 5 *Derechos de las personas con discapacidad*. https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/F/?func=find-b&request=000300035&find_code=SYS&local_base=SCJ01 p. 65

*durante el desarrollo del proceso y la emisión de las resoluciones en formatos accesibles, a partir de audios, videos, traducciones al sistema braille, lengua de señas o cualquier otro que atienda de manera efectiva esa finalidad*⁴.

La tesis anterior, que deriva de dos sentencias:

1.1. SÍNTESIS SUP-AG-92/2017

*“En el primero de ellos el actor alegó tener una discapacidad mental, producto de una lesión cerebral, la que le propinó un estado de sensibilidad especial y ansiedad frente a emblemas de los partidos políticos y los signos que ellos representan. Por ello cuando López Obrador, se registró como candidato presidencial por MORENA el día de la Virgen de Guadalupe, resultó en un acto de asociación religiosa que según el actor contravino el artículo 27, inciso a) del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales”*⁵.

Por ello TEPJF ordenó, como medida de acceso a la justicia para el actor, que la notificación que se hiciera de la resolución de dicho asunto general le fuera entregado personalmente, que el actuario le leyera el contenido del mismo y que en caso de dejar citatorio fuera en sistema Braille, en donde se le enterara que iba a poder comparecer a las oficinas de ese órgano jurisdiccional a fin de que el Titular de la Oficina de Actuaría de la Secretaría General de Acuerdos se lo leyera en voz alta y además le entregara un CD-ROM con la grabación audible de dicha resolución y la misma en formato de lectura Braille.

1.2. SÍNTESIS SUP-AG-40/2018

En este segundo caso, el actor presentaba una discapacidad visual (ceguera), por lo que había presentado un escrito a la Comisión Nacional de Derechos Humanos para Prevenir la Discriminación

⁴ TEPJF. <https://www.te.gob.mx/IUSEapp/tesisjur.aspx?idtesis=XXVIII/2018&tpoBusqueda=S&Word=discapacidad>

⁵ Cfr. Asunto General de la Sala Superior del TEPJF SUP-AG-92/2017, *op. cit.*

con la finalidad de que dicha autoridad interviniera para que no se vulneraran sus derechos político-electorales para ser candidato por el Partido Encuentro Social por el sistema de listas plurinominales.

También aquí, el TEPJF analizó el caso y determinó que hay que tener el cuidado necesario y adoptar las medidas pertinentes para no violentar los derechos de las personas con cualquier discapacidad y que tengan acceso a la justicia de una manera igualitaria y sin discriminación, siempre con apego al modelo social de discapacidad, puesto que la sociedad debe entender que es ella la que crea deficiencias para prestar servicios apropiados que aseguren las necesidades de las personas con discapacidad.

Por ello ordenó como medidas de acceso a la justicia para el actor, que la notificación que se hiciera de la resolución de dicho asunto general le fuera entregado personalmente al mismo, que el actuario le leyera el contenido del mismo y que de ser el caso, de dejar citatorio el mismo fuera en sistema *Braille*, en donde se le enterara que iba a poder comparecer a las oficinas de ese órgano jurisdiccional a fin de que el Titular de la Oficina de Actuaría de la Secretaría General de Acuerdos se lo leyera en voz alta y además le entregara un CD-ROM con la grabación audible de dicha resolución y la misma en formato de lectura *Braille*.

1.3. INTEGRACIÓN Y ANÁLISIS DE AMBOS CASOS

“De acuerdo con los principios de dignidad, igualdad y no discriminación, consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”⁶ y lo implementado por la doctrina internacional en cuanto a los modelos de los derechos humanos, el modelo social de discapacidad y el modelo de abordaje de la discapacidad, tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, salvaguardan dichos principios en favor de los actores.

⁶ Artículo 1º de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

Así por parte de la SCJN, se determinó el uso adecuado del Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad, que, en el mes de julio de 2014, habría discutido en sendas mesas junto con autoridades de la Organización de la Naciones Unidas en México y dedicadas a los Derechos Humanos y senadores del Poder Legislativo Federal. Por su parte la Sala Superior del TEPJF, se basó principalmente en el modelo social de discapacidad, que tiene como principal eje de acción a la persona con discapacidad y a su dignidad, Por lo que exige a la sociedad en general, incluidas las autoridades, dejar de lado el asistencialismo y el enfoque sanitario.

Por ello, ambos órganos jurisdiccionales cumplen con garantizar sus derechos a los actores en cada uno de los juicios anteriormente analizados, con la efectiva igualdad de oportunidades en el ejercicio de los derechos; además de que buscaron adaptar las medidas procesales de las comunicaciones o de la información a un entorno amigable o de fácil acceso logrando un diseño institucional universal y el acceso a la justicia.

Con ambos criterios, los dos órganos jurisdiccionales, lograron brindar el adecuado acceso a la justicia, a la seguridad jurídica y a la legalidad a las distintas personas agraviadas, sin que ninguna de las medidas implementadas parezca un acto fuera de lo que se ha señalado como el modelo social de discapacidad, y que generara a las actoras una revictimización por sentirse discriminadas.

Finalmente, cabe mencionar que aún y cuando las partes actoras, en sus escritos de demandas no hubieran sabido pedir conforme a derecho, sus quejas fueron adecuadamente suplidas, sin que las autoridades jurisdiccionales hubieran contrariado el orden jurídico, sino que como ellas mismas estudiaron de la normatividad internacional y determinaron adoptar todas las medidas para garantizar

su efectivo acceso a la justicia, por ejemplo: la lectura de los autos, la redacción de los mismos en lenguaje *Braille* y las valoraciones psicológicas entre las principales actores.

No obstante que estos criterios constituyen un avance en la protección de los derechos personales, posteriormente la misma corte emitió una resolución que constituye un retroceso.

1.4. SÍNTESIS SUP-JDC-1386/2021

Se promovió un medio de impugnación promovido por un ciudadano en contra del Consejo General del INE por el cual designó, entre otras, a la consejera presidenta del OPLE de la Ciudad de México, situación que afirma, transgrede su derecho de integrar una autoridad electoral.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación determinó que el actuar del CG del INE fue correcto, ya que la ley en la materia debe de garantizar la igualdad y paridad de género, partiendo de esto y tomando en consideración que el predecesor del cargo como consejero presidente del INE fue ocupado por un hombre, el CG del INE determinó que en base al análisis de los postulantes, en esta ocasión era adecuado otorgarle en puesto a una mujer, ya que de este modo se garantizaba la paridad de género.

El actor también reclamó la omisión por parte del CG del INE de considerar la discapacidad del actor, ya que al padecer TEA “Trastorno del Espectro Autista”, esta no fue abordada por el Instituto al momento de tomar la decisión. Lo cual a criterio del actor lo deja en un estado de indefensión, siendo vulnerados sus derechos humanos y restringiendo el derecho de participación en cargos en materia electoral de las personas con alguna discapacidad.

1.4.1 ANÁLISIS

Partiendo de los antecedentes, es claro que el CG del INE esta mas enfocado en asegurar la paridad de género, que garantizar la inclusión de las personas con discapacidad, es decir, que no solo se debe de tomar en consideración el sexo u orientación sexual de la persona, sino que también sean puestas a consideración la discapacidad con que pueda contar una persona.

IV. CONCLUSIONES

1) Haciendo un análisis en conjunto, se puede observar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Sala Superior del TEPJF, manejan adecuadamente el modelo social de discapacidad que trata de sensibilizar a la sociedad para que no vea como una limitante la discapacidad de cualquier persona que la tenga, sino que debe ser entendida como un ser humano con capacidades diferentes.

2) En el caso concreto, una persona con discapacidad no debe ser tratada de manera distinta que cualquier otra persona al momento de acceder a la justicia electoral, sino que los órganos jurisdiccionales deben adecuar su actuar adoptando las medidas necesarias para que pueda tener un efectivo acceso a la justicia, conforme a los principios de inclusión y no discriminación.

3) Las personas con alguna discapacidad siempre han tenido una desventaja en aplicación de la ley, ya que en la actualidad hace falta más criterios, reformas e iniciativas en las que protejan sus derechos humanos, particularmente los electorales y demás que establezca la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

1. ¿POR QUÉ EL SENTIDO DE ESTOS CRITERIOS QUE ANALIZAMOS ANTERIORMENTE?

La Constitución Federal y las leyes en materia electoral establece que todas las personas tienen el derecho de participar a un cargo de elección popular. En este caso respecto de las personas que tienen alguna discapacidad, las autoridades tienen la obligación de establecer y buscar la manera de que exista la misma oportunidad, es decir, estar en las mismas condiciones para que estas personas no se les vulneren sus derechos y exista la protección de estos. Siempre existe la forma, a través de acciones afirmativas y ajustes razonables para que las personas puedan ejercer de manera efectiva sus derechos político-electorales.

Finalmente, las instituciones deben no solo garantizar y buscar la paridad de género, también deben de velar por la inclusión de las personas con discapacidades y establecer los lineamientos para garantizar la participación ciudadana en los ámbitos políticos del país sin que aquellos que pretendan hacerlo sufran de discriminación y no sean tomados en consideración.

POLÍTICAS TRIBUTARIAS Y PRESUPUESTARIAS PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Pastora Melgar Manzanilla¹

I. INTRODUCCIÓN

El año 2021 se cumplen diez años de de la reforma constitucional en materia de derechos humanos (DDHH) y 73 años desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). En el caso de México, la reforma constitucional en materia de DDHH del 11 de junio de 2011, conjuntamente con la reforma en materia de amparo de cuatro días antes, fueron cacterizadas como una revolución copernicana y un cambio de paradigma, por los cambios al papel que juegan los derechos fundamentales en México.² Al informar sobre un evento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en conmemoración de las reformas, se señala que el balance es positivo especialmente por sus alcances en la defensa y tutela de los DDHH de grupos vulnerables, pero también por el extenso y sólido desarrollo jurisprudencial y por qué se generaron criterios de carácter humano, sensible y con un impacto real en la vida de las personas en la impartición de una justicia.³

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Profesora de Tiempo Completo en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán. Se agradece la colaboración de Iridian Madaí Sánchez Aguilar, estudiante de la Carrera de Derecho en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán.

² Lorenzo Córdova, Vianello, “La reforma constitucional de derechos humanos: una revolución copernicana”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 61, núm. 256, 2011, p. 70.

³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Reforma constitucional en derechos humanos y amparo: la revolución cultural de los derechos”, *El Poder de la Justicia. Boletín electrónico*, México, junio de 2021, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/comunicacion_digital/2021-06/boletin_electronico_junio_2021.html

Sin menospreciar cualquier avance en materia de vigencia de los DDHH en México, ésta no se concretiza satisfactoriamente.⁴ Además, la escandalosa desigualdad económica y social⁵ nos obliga a reflexionar una y otra vez sobre la efectividad de los DDHH. Lo que nos hace estar de acuerdo con Bobbio quien señaló que el problema principal de los DDHH es saber el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados.⁶ En este sentido, las políticas públicas cobran relevancia. Existe un consenso doctrinal de que las políticas públicas con enfoque de derechos son una herramienta útil para hacer realidad los derechos humanos; por tanto, elaborar políticas basadas en la obligación del Estado de garantizar el disfrute de los DDHH desde una visión integral, puede considerarse una necesidad. En este sentido, el objetivo de este trabajo es presentar algunas apreciaciones teóricas que permitan una mejor comprensión de la relación entre políticas tanto tributarias como presupuestarias y los DDHH. La exposición se divide en cuatro apartados, el primero aborda las políticas públicas y los DDHH; el segundo, el tema de la política fiscal (PF) y los DDHH; el tercero, algunas consideraciones sobre políticas tributarias para financiar los DDHH; y por último, el cuarto capítulo se refiere a consideraciones sobre políticas presupuestarias para la efectividad de los DDHH.

II. POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS HUMANOS

Para comprender el papel que actualmente juegan las políticas públicas en la vigencia de los DDHH es importante considerar la evolución de los DDHH y de las políticas públicas. Al referirse a

⁴ Human Rights Watch, “México, eventos de 2019” en Informe Mundial 2020, 2019, <https://www.hrw.org/es/world-report/2020/country-chapters/336494>

⁵ Keely, Brian, “Desigualdad de ingresos. La brecha entre ricos y pobres”, Esenciales OCDE, OCDE Publishing, Paris, 2018, p.39.

⁶ Bobbio, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, vol. 1, enero de 1981, p. 10.

los *privi-legis* de la sociedad medieval y a los derechos de la sociedad moderna, Correas destaca que se diferencian en tanto que los primeros corresponden a ciertos individuos, mientras que los derechos a todos los ciudadanos. Por tanto, la característica principal de los derechos del Estado moderno es la universalidad.⁷ En cuanto a las políticas públicas, siguiendo a Tamayo Sáenz, son el conjunto de objetivos, decisiones y acciones llevadas a cabo por un gobierno a fin de solucionar los problemas de los ciudadanos considerados prioritarios.⁸ Se trata de un proceso que inicia con la detección por parte del gobierno de un problema que, por su importancia, merece atención. Las siguientes etapas del proceso son la formulación de alternativas de solución; la adopción de una alternativa, la implementación de la alternativa de solución seleccionada, y el proceso culmina con la evaluación de los resultados.⁹ Conforme a lo anterior, las políticas públicas son productos del Estado que pueden entenderse como decisiones sobre los problemas importantes que merecen atención y sobre las acciones para solucionarlos, y que son envueltos en formas legales y técnico-administrativas.

Ahora bien, a pesar del margen de decisión que mantienen los gobiernos para identificar los problemas de importancia que deben ser solucionados, estas decisiones no deben ser arbitrarias. La transición de políticas públicas a políticas públicas con enfoque de género a políticas públicas con enfoque de derechos implica que las primeras deben ser orientadas por un marco normativo y operacional que favorezca y promueva el ejercicio universal y progresivo de los DDHH, además, que la ciudadanía tiene una participación

⁷ Correas, Oscar, “Los derechos humanos en el Estado moderno. (¿Qué hace moderno a los derechos humanos?)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 37, 2003, p. 275.

⁸ Tamayo Saez, Manuel, “El análisis de las políticas públicas”, en Bañón, Rafael y Carrillo, Ernesto (comps.), *La nueva Administración Pública*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, p. 281.

⁹ *Idem.*

importante en estas decisiones. El problema de mayor importancia que debe ser solucionado es precisamente la efectividad de los DDHH. Para González Plessmann, la política con enfoque de derechos es aquella que evidencia una articulación racional de acciones y omisiones del Estado, con base en las obligaciones contraídas a través de instrumentos de DDHH y en la definición participativa de los principales problemas y necesidades de la sociedad.¹⁰ Lo anterior implica una discusión jurídica y esfuerzos por traducir las normas en acciones de política institucional, ya que, según Güendel, la política pública interpreta y procesa explícita y participativamente las demandas tácitas y manifiestas de la sociedad, y las incorpora en la esfera estatal y en la dinámica de la política, es decir, racionaliza la acción social.¹¹ Es así como en la actualidad, los DDHH se transforman en guías para las políticas públicas, y las políticas públicas tienen el papel de facilitar la materialización y vigencia de los DDHH y fortalecer el funcionamiento de las instituciones mediante la participación activa de la ciudadanía.

En conclusión, podemos señalar que, como se mencionó, las políticas públicas son envueltas en formas legales. Estas leyes (que visten las políticas públicas) se justifican en la medida en que tienden a garantizar los DDHH. Como señala Combellas, en los inicios del Estado moderno, los derechos sólo valían en el ámbito de la ley, pero ahora, las leyes tienen validez en el ámbito exclusivo de los DDHH, es decir, la relación se ha invertido. En esta medida, sólo pueden crearse instrumentos jurídicos, entre estas leyes que envuelven políticas públicas, en el marco de los DDHH.¹² Las leyes entonces, en muchos casos, manifiestan una toma de posición sobre la inclusión de ciertos problemas como prioritarios.

¹⁰ González Plessmann, Antonio, “Los derechos humanos como centro de las políticas públicas: apuntes teóricos y prácticos”, Caracas, Provea, Mimeo, 2004.

¹¹ Güendel González, Ludwig, “Políticas públicas y derechos humanos, *Revista de Ciencias Sociales*, vol. III, núm. 97, San José, 2002, p.11.

¹² Combellas, Ricardo, *Estado de derecho. Crisis y renovación*, Caracas, *Jurídica Venezol-*

III. POLÍTICA FISCAL Y DERECHOS HUMANOS

En el apartado anterior, se estableció que las políticas públicas son instrumentos para la materialización o efectividad de los DDHH. La política fiscal (PF) debe orientarse hacia la efectividad de los DDHH. El Comité de los Derechos del Niño (CDN) ha señalado que el objetivo último de la PF, es decir del gasto público y política tributaria, es el cumplimiento de los derechos y que el crecimiento económico y la estabilidad económica deben considerarse como un medio para el desarrollo humano y no como fin en sí mismo.¹³

La política económica es el conjunto de acciones o medidas elegidas, diseñadas y llevadas a cabo por las autoridades públicas para alcanzar unos fines u objetivos predeterminados de contenido económico. La PF es la parte de la política económica dirigida a recaudar los ingresos necesarios para que el Estado pueda realizar las funciones que le ayuden a cumplir sus objetivos de política económica general. Busca el equilibrio entre la recaudación tributaria y los gastos gubernamentales.¹⁴

La PF está conformada por dos elementos principales: política tributaria y política presupuestaria o presupuestación del gasto público. La política tributaria se refiere a decisiones y acciones relacionadas con los recursos que obtiene el Estado entre estos ingresos tributarios y no tributarios, y deuda pública tanto interna como externa. Estas decisiones y acciones se envuelven en formas legales mediante la Ley

lana, 1982.

¹³ Naciones Unidas, “Comité de los Derechos del niño. 46º periodo de sesiones”, Comité de los Derechos del Niño, ONU, CRC/C/46/CRP.2, 17 de septiembre a 5 de octubre de 2015, párr. 26., https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/CRC.C.46.CRP.2_guidelines_sp.pdf

¹⁴ Auditoría Superior de la Federación, “Introducción al Sistema Fiscal Mexicano”, Serie Apuntes Didácticos, México, 2016, p. 3, https://www.asf.gob.mx/uploads/61_Publicaciones_tecnicas/2._Introduccion_al_Sistema_Fiscal_Mexicano.pdf

de Ingresos de la Federación para cada ejercicio fiscal y las leyes tributarias como el Código Fiscal de la Federación, la Ley del Impuesto sobre la Renta, la Ley del Impuesto al Valor Agregado, entre otras.

La política presupuestaria se refiere a la asignación de los recursos a diferentes necesidades colectivas, sociales o públicas a través de gastos específicos o generales¹⁵ conocida como presupuesto público, y se reviste de forma legal a través del Presupuesto de Egresos y, como excepción, se encuentra también en leyes posteriores expedidas por el Congreso de la Unión,¹⁶ entre otras normas jurídicas. Está integrado por el dinero asignado para ser empleado por un gobierno para suministrar bienes y servicios a sus ciudadanos y para las transferencias de dinero entendidas como las ayudas sociales o las prestaciones por desempleo.¹⁷

La relación entre los DDHH y la PF es un desarrollo reciente. Siguiendo a Chaparro Hernández, esta relación ha sido explicada por dos principales teorías: teoría del garantismo abstracto y teoría del reduccionismo fiscal.¹⁸ La primera, la teoría del garantismo abstracto, se basa en la literalidad de la norma que reconoce y protege los derechos. No toma en serio que los derechos cuestan o que hay una relación indisoluble entre el presupuesto público y la efectividad de los DDHH. Sostiene que los derechos se financian con recursos públicos pero sin darle importancia a la fuente de dicho financiamiento. Para esta teoría, los DDHH y la obligación de garantizarlos

¹⁵ Tesis: P./J. 15/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, abril de 2009, p. 1116.

¹⁶ Tesis: CXLIV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, septiembre de 2009, p. 2712.

¹⁷ Sarur Zanatta, María Susana y Romero Valdés, José Francisco, “La política fiscal en México”, *Revista electrónica de investigación de la Universidad de Xalapa*, año 6, núm. 19, junio-agosto 2018, p. 78, <https://ux.edu.mx/wp-content/uploads/Art.-7.pdf>

¹⁸ Chaparro Hernández, Sergio Raúl, *Presupuesto, derechos humanos y control judicial. Una oportunidad para la convergencia entre constitucionalismo y hacienda pública*, Colombia, Universidad de Colombia, 2014, p. 8.

son absolutos sin admitir justificación financiera alguna para no hacerlo; al no conseguir la vigencia de los DDHH, se invocan razones como negligencia administrativa y falta de voluntad política.¹⁹

La segunda, la teoría del reduccionismo fiscal, se sitúa al extremo opuesto del garantismo abstracto. Para esta teoría, los costes económicos que implican garantizar los DDHH son una razón válida para justificar la falta de inversión y, por tanto, la falta de vigencia de los DDHH. De esta manera, los DDHH se reducen a meras aspiraciones hasta en tanto la solvencia económica del Estado permita garantizarlos.²⁰

Ninguna de las dos teorías mencionadas son satisfactorias, pues no reparan en la relación instrumental entre la PF y los DDHH; los derechos se financian con recursos públicos y uno de los principales fines del Estado y, por ende de la PF, es el respeto y garantía de los DDHH. Sin embargo, si se reconoce esta relación instrumental, es necesario defender una perspectiva integrada entre DDHH y PF. Uno de los fines del Estado es el respeto, promoción y garantía de los DDHH y la PF una herramienta para lograrlo.²¹ Esta idea que pone al centro de las políticas públicas y de la PF a los DDHH no debe soslayarse. En efecto, la PF puede modificar los patrones de gasto en bienes y servicios, puede servir para intervenir y corregir fallas de mercado y, por ende, es un instrumento para redistribuir el ingreso y la riqueza,²² haciendo posible en la facticidad los DDHH.

¹⁹ *Ibidem*, pp.8 y ss.

²⁰ *Ibidem*, pp. 25 y ss.

²¹ Center for Economic and Social Rights, *et al.*, “Política Fiscal y Derechos Humanos en Tiempos de Austeridad”, CESR, Estados Unidos, 11 de abril de 2016, <https://cesr.org/politica-fiscal-y-derechos-humanos-en-tiempos-de-austeridad>

²² Villagómez, Francisco Alejandro, *El Enfoque de la Perspectiva de Derechos en la Política Fiscal: construcción de un marco metodológico para aplicarse en México y países seleccionados en Centroamérica*, México, CEPAL, 2014, p. 18., https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36899/S2014021_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Como ya se señaló, el reconocimiento de la relación entre PF y DDHH es relativamente reciente. Desde la visión clásica de la presupuestación basada en la legalidad formal del gasto y de la visión de los impuestos y DDHH como un oxímoron,²³ no hay mucha cabida para la vinculación entre DDHH y PF, sin embargo, esto ha venido cambiando de tal forma que más y más la PF está siendo sometida al escrutinio de tribunales nacionales,²⁴ organismos de supervisión de tratados de DDHH y mandatos especiales de las Naciones Unidas y se ha integrado en las agendas de DDHH como un campo para la justiciabilidad, exigibilidad y realización de los mismos.²⁵ Ello deriva de dos reconocimientos básicos: que los DDHH tienen un componente económico esencial para su vigencia y que los principios de DDHH constituyen un marco que apuntala las funciones clave de la PF y la tributación hacia la garantía de los DDHH.²⁶

En este sentido, diversos instrumentos jurídicos señalan la vinculación entre DDHH y PF. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que todas las personas gozarán de

²³ Baker, Philip, “Taxation and human rights”, *GTIC Review*, Londres, vol. 1, núm. 1, noviembre de 2001, p. 1.

²⁴ En México: *Cfr.* Tesis II.1o.T.6 L; TesisXVII.1o.P.A. J/24; y, Tesis XVII.1o.P.A. J/25. En otros países de Latinoamérica tales como El Salvador y Perú se han sometido casos ante sus tribunales en contra de sus respectivos presupuestos, tales como la Inconstitucionalidad 1-2017/25-2017 promovida por ciudadanos de El Salvador en contra de la Asamblea Legislativa respecto del presupuesto del 2017, y el Caso Ley de Presupuesto Público, el cual versaba sobre demandas de inconstitucionalidad promovidas por Colegios de Abogados y Ciudadanos del Perú en contra del Congreso de la República respecto del presupuesto del 2012 y 2013.

²⁵ Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, “Política Fiscal y Derechos Humanos en las Américas Movilizar los Recursos para Garantizar los Derechos”, preparado por ocasión de la Audiencia Temática sobre Política Fiscal y Derechos Humanos, 156º periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, D.C, octubre de 2015, p. 10., consultado el 19 de marzo de 2021, https://www.cesr.org/sites/default/files/cidh_fiscalidad_ddhh_oct2015.pdf

²⁶ *Idem.*

los DDHH reconocidos tanto en dicha Constitución como en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección. Además, señala la obligación de todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los DDHH de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Ergo, el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los DDHH, en los términos que establezca la ley.

"La obligación de garantizar tiene por objeto realizar el derecho y asegurar para todos el disfrute de todos los derechos, por tanto al centro de esta obligación se encuentra el principio de efectividad"²⁷, es decir, la vigencia de los derechos. Dado que todas las autoridades están obligadas a garantizar en el ámbito de su competencia los DDHH, lo están las autoridades responsables de presupuestar el gasto público y de formular y poner en acción la política tributaria.

Para la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), se trata de una nueva visión del desarrollo, un desarrollo sustentado en los DDHH que implica un punto de partida diferente y de mayor alcance de la política pública que conlleva la necesidad de desarrollar mecanismos concretos que contribuyan a la inclusión social desde un enfoque de derechos con acciones convergentes para alcanzar objetivos de DDHH. Esta nueva visión de desarrollo, implica, señala la CNDH, "una perspectiva explícita de transversalidad para asegurar la accesibilidad de todos a todos los derechos".²⁸

²⁷ Serrano, Sandra, "Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos humanos", México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer, 2013, pp. 104-113 y 119.

²⁸ CNDH, *Presupuesto Público y : Por una agenda para el rediseño del gasto público*, México, CNDH, 2018, p. 10, <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-07/27-Presupuesto-publico-DH-Agenda.pdf>

Aunque las obligaciones generales de promover, proteger, respetar y garantizar los DDHH están explícitas en la CPEUM, las medidas concretas que deben adoptarse para la efectividad de los DDHH no lo están. Conforme al artículo primero de la Constitución, el ejercicio público del Estado mexicano y sus autoridades deben girar alrededor de los DDHH, las autoridades incumplen su obligación si toman medidas que nieguen la realización de estos derechos. Pero, dado que las medidas concretas no están explícitas, conviene revisar los instrumentos internacionales.

En el ámbito internacional, existen diversos instrumentos, vinculantes jurídicamente y no vinculantes, en materia de DDHH. Los primeros, al igual que la Constitución también imponen a los Estados las obligaciones generales de promover, respetar, proteger y garantizar los DDHH, aunque la terminología a veces difiere. En algunos, se pueden encontrar referencias a las obligaciones de los Estados Partes de adoptar medidas apropiadas, adecuadas, idóneas y/o necesarias para vigencia sociológica de los DDHH y el tipo de medidas concretas que son apropiadas.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) hace referencia explícita a las medidas económicas para dar efectividad a los DDHH. En su artículo 2 señala:

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.²⁹

²⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2°, 16 de Diciembre, 1996, 993 U.N.T.S.

Como se advierte, el Estado Mexicano al ratificar el PIDESC se compromete a adoptar medidas para la plena efectividad de los DDHH. Si bien los Estados Partes del PIDESC tienen cierta libertad para adoptar las medidas que consideren más convenientes, el PIDESC especifica algunas de estas medidas, entre ellas la obligación de tomar medidas especialmente económicas, hasta el máximo de los recursos de los que disponga, es decir, de asignar recursos para la efectividad de los DDHH a través de la política presupuestaria.

Otros instrumentos de DDHH vinculantes para México que explicitan la obligación de adoptar medidas económicas son la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), artículo 26 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (PA-CADH) en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 1. Sin embargo, sus disposiciones son similares a los contenidos en el PIDESC, por tanto, no abundamos en ellos.

El Comité de los Derechos del Niño (CoDN) ha realizado varias precisiones sobre la obligación de los Estados Parte de adoptar medidas económicas para garantizar los DDHH. Aunque se trata de derechos del niño en específico, las interpretaciones son válidas para los DDHH en general. En la Observación General (OG) No. 5 sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)³⁰, el CoDN señala que el Estado Parte asume en virtud del derecho internacional, la obligación de aplicarla, lo que implica un proceso en virtud del cual se adoptan las medidas necesarias para dotar de efectividad a todos los derechos reconocidos,³¹ y así se asegura que la CDN surta efecto jurídico en el ordenamiento jurídico interno.³² La obligación establecida en el artículo 4^o supone la necesidad de adoptar toda medida requerida

³⁰ Naciones Unidas, “Observación General No.5 del Comité de los Derechos del Niño sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos”, 34^o periodo de sesiones, 19 de septiembre a 3 de octubre de 2003.

³¹ *Ibidem*, párr. 1.

³² *Ibidem*, párr. 19.

para dotar de efectividad a los derechos. Al ratificar la CDN, el Estado Parte adquiere la obligación de aplicarla plenamente.³³ Por tanto, queda claro que la efectividad de los DDHH es importante y que la asignación de recursos públicos para lograrlo es una obligación. Como política pública, la PF está sujeta a las obligaciones que tienen los Estados en materia de DDHH al igual que otras actuaciones administrativas.³⁴

La PF puede contribuir a la efectividad de los DDHH siempre y cuando la PF se viva como una política de DDHH, es decir, se reconozca que su objetivo principal es la realización efectiva de los DDHH. Y esto es posible, ya que los principios contenidos en la constitución y en los tratados de DDHH, proveen “los parámetros normativos para someter las políticas fiscales al escrutinio de los derechos y tienen el potencial de cambiar la forma en que estas políticas se diseñan, formulan e implementan, con el objetivo de ponerlas al servicio del desarrollo humano y de la realización de los derechos”.³⁵

IV. CONSIDERACIONES SOBRE POLÍTICAS TRIBUTARIAS PARA FINANCIAR LOS DERECHOS HUMANOS

Los DDHH, se dice, pertenecen a todas las personas por el sólo hecho de ser humanos, sin embargo, para que todos los humanos gocen de estos derechos se necesita de su financiación estatal. Se reconoce con Holmes y Sunstein que todos los DDHH cuestan³⁶, y se acepta hasta cierta medida, con González Bartomeu la siguiente frase: “Dime cuántos impuestos te cobran (y cómo se gastan) y te

³³ *Ibidem*, párr. 25.

³⁴ Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, *op. cit.*, p. 10.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Trad. De Stella Mastrangelo, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011.

diré qué derechos tienes”. Las políticas tributarias permiten obtener recursos económicos para financiar los DDHH; permiten movilizar los recursos socialmente disponibles hacia las arcas públicas para posteriormente asignarlos a políticas que buscan la efectividad de los derechos.

Estamos de acuerdo con la CNDH en que es necesario identificar no sólo las necesidades, sino también las fuentes de recursos requeridas para poder atender la amplia gama de responsabilidades de los Estados que se desprenden de dichas necesidades, y que, si no existe una estructura institucional adecuada o si los recursos presupuestales son insuficientes, entonces se debe organizar un proceso mediante el cual se lleve a cabo el cambio institucional y se capten los recursos que den sustento financiero al cumplimiento de las obligaciones en materia de DDHH.³⁷

Las obligaciones en DDHH se encuentran en las constituciones y en instrumentos internacionales; el Estado debe cumplir con dichas obligaciones. Las OG 12³⁸ y 18³⁹ del Comité Derechos Económicos Sociales y Culturales (CoDESC) distinguen entre dos situaciones: cuando el Estado Parte no es capaz de cumplir con sus obligaciones adquiridas con motivo de la ratificación del PIDESC y la situación en la que el incumplimiento deriva de la falta de voluntad del Estado Parte. Por tanto, para que un Estado parte aduzca la limitación de recursos como justificación para no garantizar los DDHH, debe demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles por utilizar

³⁷ CNDH, “Estudio sobre Presupuesto Público y y *Derechos Humanos*, México, CNDH, 2016, pp. 102.103, <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-07/27-Presupuesto-publico-DH-Agenda.pdf> .

³⁸ Naciones Unidas, “Observacion General 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Derecho a una alimentación adecuada (art. 11)”, E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999,

³⁹ Naciones Unidas, “Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos en virtud de tratados de derechos humanos”, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, 27 de mayo de 2008, pp. 166-180.

todos los recursos de que dispone con el fin de cumplir, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. Esto implica movilizar todos los recursos disponibles para garantizar los derechos y la movilización de los recursos aptos que tienen que ver con la recaudación de ingresos.

En efecto, los ingresos públicos tanto como contribuciones, deuda pública o ingresos no tributarios se vinculan con los DDHH al igual que el gasto público. Alston y Reisch destacan que las contribuciones afectan en qué recursos permanecen en manos privadas versus públicas, qué actividades se fomentan o desalientan, cuánto está disponible para el Estado y quién paga y recibe los bienes y servicios públicos que brinda el Estado. Por su parte, los DDHH, informan no sólo cómo se debe hacer la política tributaria, sino qué políticas son permisibles, cuándo y por qué, estableciendo parámetros para los objetivos de recaudación de ingresos y los efectos distributivos de la tributación, así como los procesos mediante los cuales las leyes tributarias son adoptados e implementados.⁴⁰

Siguiendo esta línea argumentativa, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas al referirse a los derechos del niño señala que uno de los mayores obstáculos para la efectividad de los derechos es la falta de un gasto público suficiente, efectivo, inclusivo y eficiente,⁴¹ y que para la mejora de la inversión en la infancia, es importante la configuración de un sistema de obtención de ingresos públicos que responda a un enfoque de DDHH. Esto es, un sistema impositivo

⁴⁰ Alston, Philip G. y Reisch, Nikki R, *Tax, inequality and human rights*, Oxford, Oxford Scholarship Online, 2019.

⁴¹ Naciones Unidas, “Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General :Avance hacia una mejor inversión en los derechos del niño”, 19 de diciembre de 2014, párr.3, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/9932.pdf>

respetuoso, de endeudamiento responsable y de un ambiente que atraiga la productividad, la inversión extranjera y la cooperación y asistencia técnica y financiera internacional.⁴²

Respecto del endeudamiento, en la OG 18 del CoDESC se destaca que los Estados deben asegurar cuando negocian con instituciones financieras y cuando actúan como miembros de ellas, que los programas de ajuste y medidas internacionales adoptadas en su seno no interfieran con las obligaciones básicas de los Estados ni tengan un efecto negativo en el ejercicio de los derechos en un momento y contexto determinado.⁴³

En cuanto a las políticas tributarias, es decir, de recaudación, el Consejo de DDHH de las Naciones Unidas, alienta a los Estados, a adoptar medidas para instaurar procedimientos transparentes y eficientes de movilización de los recursos para lograr un crecimiento sostenible e inclusivo, y a adoptar medidas que velen por el empleo de prácticas responsables y sostenibles en cuanto al ingreso público y la gestión de la deuda, entre otros.⁴⁴

Las políticas tributarias son políticas de movilización de recursos. El Estado tiene la obligación de movilizar los máximos recursos disponibles para la financiación de políticas públicas tendientes a hacer efectivos los DDHH. Para Corti, movilizar el máximo de los recursos disponibles se refiere no sólo a los recursos recaudados, sino a la recaudación de todos aquellos recursos con que cuenta la sociedad en su conjunto y que pueden ser captados de forma legítima, es decir respetando los límites inferior y superior de la capacidad contributiva. Significa que la obligación del Estado no se agota en administrar de manera eficiente los recursos existentes, los recaudados, sino que también debe movilizar los recursos difusos

⁴² *Ibidem*, párr.24 y 25.

⁴³ Naciones Unidas, “Recopilación de las observaciones generales y ...”, cit. párr. 30.

⁴⁴ Naciones Unidas, Resolución del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 24 de marzo de 2015 sobre “Derechos del niño: avance hacia una mejor inversión en los derechos del niño”, A/HRC/28/L.28, 2015.

de la sociedad, de captarlos a través de tributos socialmente justos, de tal forma que sean suficientes para asegurar la efectividad de los DDHH.⁴⁵

Entonces, para dar cumplimiento a la obligación de movilizar los máximos recursos disponibles, hay que examinar los mecanismos de recaudación de los Estados, es decir, el régimen fiscal principalmente y la deuda pública. Siguiendo a Alston y Quinn,⁴⁶ para evaluar si el Estado está movilizando los recursos hasta el máximo disponibles hay que indagar más allá de las asignaciones y tener en cuenta los recursos reales del país. Si estamos ante un Estado Parte en donde la recaudación fiscal en relación al Producto Interno Bruto (PIB) es poco, o donde la tasa de evasión fiscal es alto y la recaudación real es poco en comparación con la recaudación potencial, podemos suponer que no se están movilizando los máximos de los recursos disponibles socialmente y, por tanto, puede existir incumplimiento de las obligaciones contraídas en materia de DDHH.

En el caso de México, la recaudación tributaria como porcentaje del PIB es baja en comparación con el promedio de América Latina y el Caribe y en comparación con el promedio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Para el año 2019, dicha recaudación fue de 16.5% mientras que el promedio de América Latina y el Caribe fue de 22.9%, y el de la OCDE de 33.8%.⁴⁷ Además, hay una evasión fiscal considerable, aunque ha ido disminuyendo. Para el año 2016, la tasa de evasión fiscal del

⁴⁵ Aníbal Corti, Horacio Guillermo, “La política fiscal en el derecho internacional de los derechos humanos: presupuestos públicos, tributos y máximos recursos disponibles”, *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, año 9, núm. 17, Buenos Aires, febrero de 2019, pp. 124-229.

⁴⁶ Alston, Philip y Quinn, Gerard, “The nature and scope of States Parties’ obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, Oxford Scholarship Online, Oxford, England, 2019, pp. 156-229.

⁴⁷ OCDE, Naciones Unidas, CIAT, BID, “Estadísticas Tributarias en América Latina y el Caribe 2021”, p. 1, <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/folleto-estadisticas-tributarias-en-america-latina-y-el-caribe.pdf>

Impuesto sobre la Renta de personas físicas fue de 18.7%, mientras que el de personas morales fue de 19.9 %; en el caso del Impuesto al Valor Agregado, la tasa fue de 16.9% para el año 2017.⁴⁸

Las políticas para evitar la evasión fiscal, traducidos en norma jurídica son importantes para movilizar todos los recursos socialmente disponibles para la efectividad de los DDHH. Conforme a los datos señalados, podemos suponer que no se están movilizando los máximos de los recursos disponibles socialmente, que no se está recaudando lo suficiente. Sobre la baja recaudación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos destaca que dificulta la capacidad de reducir las desigualdades sociales y regionales, y que los ingresos tributarios han sido insuficientes debido a la baja carga impositiva y también al perfil regresivo de algunos impuestos. Dice que a ello se puede sumar numerosas deducciones de impuestos, exenciones y vacíos legales, así como la evasión y elusión tributaria y otras prácticas similares. Señala que en varios países de la región, las personas en situación de pobreza no son beneficiarias, sino pagadoras netas del sistema fiscal.⁴⁹

En 2014, en el Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los DDHH⁵⁰ recomendó: 1. Aumentar los ingresos fiscales de forma compatible con las obligaciones de DDHH relativas a la no discriminación y la igualdad, e incrementar la asignación de los ingresos recaudados a esferas presupuestarias que contribuyan

⁴⁸ ONU, CEPAL, *Panorama fiscal de América Latina y el Caribe 2020. La política fiscal ante la crisis derivada de la pandemia por coronavirus (COVID-19)*, Santiago, Naciones Unidas, CEPAL, pp. 96-100, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45730/1/S2000154_es.pdf

⁴⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre la pobreza y derechos humanos en las Américas”, *Pobreza y Derechos humanos*, OEA, 7 de septiembre de 2017, párr. 498, OEA/Ser.L/V/II.164, consultado el 19 de marzo de 2021, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37225.pdf>

⁵⁰ Naciones Unidas, “Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona”, A/HRC/26/28, 22 mayo de 2014.

al disfrute de los derechos; 2. Aumentar el recurso a los impuestos personales y directos, y diseñar todos los impuestos de manera que reduzcan su efecto regresivo y el sesgo de género; 3, analizar detenidamente el umbral del impuesto sobre la renta para garantizar que las políticas tributarias no depauperen más a las personas que se encuentran por debajo o cerca del umbral de pobreza.

Desde 2014 el Estado Mexicano ha tomando medidas controvertidas al respecto, preventivas como punitivas, de derecho administrativo y de derecho penal, tales como la obligatoriedad del Comprobante Fiscal Digital y más recientemente medidas como: cancelación de sellos digitales, impuestos al comercio digital, materialidad de operaciones y delitos penales fiscales. Cada una de estas medidas merece un análisis por sí solo para determinar si se están cumpliendo los objetivos para los cuales fueron instaurados (todavía no hay información suficiente para hacer este análisis), y para determinar posibles ajustes para asegurar que no se vulneren los principios tributarios materiales y se respeten los DDHH, materiales porque no se trata solo de recaudar, sino de recaudar justamente, entendido como un justo sustancial, no solo material.

El tributo justo no debe otorgar privilegios o beneficios inadecuados. Porque ello implica dejar de captar recursos socialmente disponibles con exenciones, tratamientos especiales, estímulos y privilegios de todo tipo.⁵¹ Además, se debe poner mucha atención a los impuestos indirectos que por naturaleza son regresivos. También es necesario revisar cómo se gravan las distintas rentas: patrimonio, trabajo, capital, entre otros.

Por otra parte, no se debe olvidar que el Estado trasgrede sus obligaciones nacionales e internacionales de destinar el máximo de recursos disponibles al disfrute de los DDHH y de eliminar la discriminación, cuando por comisión u omisión, disminuye la re-

⁵¹Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, “Informe sobre la Política Fiscal y los Derechos...”, *op. cit.*, p.6.

caudación permitiendo directa o indirectamente la evasión fiscal y articula estructuras impositivas que tienen un impacto desproporcionado en los segmentos más pobres de la ciudadanía.⁵²

Como ya se mencionó este cambio de paradigma que pone énfasis en la estrecha relación entre la PF y los DDHH ha llevado al CoDESC a iniciar una ruta para evaluar los sistemas tributarios nacionales. Así podemos encontrar varios ejemplos en donde el CoDESC recomienda a los Estados parte a reconsiderar su régimen fiscal:

- El CoDESC alentó a El Salvador a seguir profundizando en el desarrollo de una política tributaria suficiente y socialmente justa que mejore la recaudación con miras a incrementar la disponibilidad de recursos destinados a la implementación de los DESC.⁵³
- El CoDESC consideró que la respuesta de Irlanda ante una crisis se centró desproporcionadamente en recortes en el gasto público en las esferas de la vivienda, seguridad social, atención a la salud y educación, sin que se alterase su régimen fiscal. Recomendó al Estado que considere la posibilidad de revisar su régimen fiscal con el fin de incrementar sus ingresos para establecer los niveles de los servicios públicos y las prestaciones sociales antes de la crisis.⁵⁴ Antes de realizar recortes que afecten DDHH, primero hay que ver el lado de la recaudación, que se estén movilizando todos los recursos socialmente disponibles.
- El CoDESC recomendó a Paraguay tomar las medidas necesarias para que su política tributaria sea socialmente justa con el objetivo de mejorar la recaudación fiscal con miras a incrementar la disponibilidad de recursos destinados a la implementación de los DESC.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Política Fiscal y los Derechos, *op.cit.*, párr.5.

⁵³ ONU, “Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero, cuarto y quinto combinados de El Salvador”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/SLV/CO/3-5, 19 de junio de 2014, párr.8.

⁵⁴ ONU, “Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Irlanda”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/IRL/CO/3, 8 de julio de 2015, párr. 11.

Recomendó tomar las medidas necesarias para asegurar la efectiva y transparente aplicación del impuesto sobre la renta.⁵⁵

- El CoDESC señaló estar preocupado por la persistencia de mecanismos por los que ciertos sectores económicos, como los sectores de la minería y de la maquila (fabricación de manufacturas) en Guatemala, gozan de privilegios fiscales. Instó aplicar una PF adecuada, progresiva y socialmente equitativa y que mejore la recaudación de impuestos para garantizar recursos suficientes para la aplicación de los DESC.⁵⁶

Ya que se tratan de recomendaciones, por tanto no son jurídicamente vinculantes, pero aportan elementos para el diseño de una política tributaria justa con enfoque en los DDHH.

Se trata de establecer un tributo socialmente justo. El tributo justo no debe otorgar privilegios o beneficios inadecuados. Muchos recursos socialmente disponibles se pueden dejar de captar por el fisco debido a distintas exenciones, tratamientos especiales, estímulos y privilegios de todo tipo.⁵⁷ Además, se debe poner mucha atención a los impuestos indirectos que por naturaleza son regresivos. También es necesario revisar como se gravan las distintas rentas: patrimonio, trabajo, capital, entre otros.

V. CONSIDERACIONES SOBRE POLÍTICAS PRESUPUESTARIAS PARA LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Además de la movilización de los recursos socialmente disponibles, para la efectividad de los DDHH, es necesario su correcta asignación legal a políticas con enfoque de DDHH. El principio de lega-

⁵⁵ ONU, “Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Paraguay”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/PRY/CO/4, 20 de marzo de 2015, párr. 10.

⁵⁶ ONU, “Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Guatemala”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/GTM/CO3, 9 de diciembre de 2014, párr. 8.

⁵⁷ *Idem.*

lidad ha sido el principio fundamental del Derecho Presupuestario. En virtud de ello, se somete la actividad financiera a la ley, ya que sólo por ley se aprueba y autoriza la captación de los ingresos y la realización de los gastos del Estado.⁵⁸ Sin embargo, el principio de legalidad que ha estado al centro de la visión clásica del derecho presupuestario es un principio formal, por tanto, sus alcances son limitados: en tanto los ingresos y los egresos se establezcan en ley, se cumple formalmente con el principio.

El reconocimiento del costo de los derechos ha generado un vuelco hacia una visión sustancial del derecho presupuestario de tal suerte que no sólo es necesario que el gasto se establezca en ley, sino también que se trate de un gasto legítimo. Esta visión sustancial del derecho presupuestario tiene como eje los DDHH. En este sentido, si bien las autoridades públicas tienen margen de decisión en la asignación del gasto público, dicha decisión está limitada por el principio de justa asignación de los recursos públicos.⁵⁹ Así, la legitimidad se vincula con la adecuada prestación de servicios por parte del Estado a fin de garantizar los DDHH.⁶⁰ Un gasto justo es aquel dirigido a satisfacer el contenido de los fines establecidos en la Constitución⁶¹ y en los instrumentos internacionales a los que el Estado voluntariamente se adhiere: los fines de realización de los DDHH.

En la OG No. 18, el CoDESC precisa que la obligación de aplicar o proporcionar (garantizar) los DDHH, se incumple cuando no se adopta una política o no se pone en marcha, así como cuando

⁵⁸ García Belaunde, Domingo, *El Derecho Presupuestario en el Perú*, Lima, Luis Alfredo Ediciones S.R.L., 1998, p. 205.

⁵⁹ Aníbal Corti, Horacio Guillermo, “Los Principios Comunes del Derecho Constitucional Presupuestario, el Gasto Público Justo y la Teoría General de la Constitución Financiera”, *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, Bogotá, núm. 78, mayo de 2018, p.435.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 436.

⁶¹ *Ibidem*, p. 440.

no se dedica un presupuesto suficiente o se distribuyen de manera irrazonable e ineficiente los recursos públicos.⁶² En tales casos, los presupuestos pueden someterse a la revisión incluso de los tribunales nacionales.⁶³

Un ejemplo de posible asignación presupuestaria insuficiente en México es la asignación presupuestaria al derecho a la salud. Ello se hace más notorio por la pandemia de COVID-19 pero, incluso reconociendo que la pandemia requería de esfuerzos adicionales por ejemplo de infraestructura, o para contratar y capacitar trabajadores de salud para atender la emergencia, debemos recordar que incluso antes de la pandemia, ya existía en México un problema de falta de recursos sanitarios.

Antes de la pandemia, México contaba con 2.4 médicos en ejercicio por cada 1,000 habitantes; mientras que el promedio de la OCDE era de 3,5 por cada 1.000 habitantes. Respecto de las enfermeras, contaba con 2.9 en ejercicio por cada 1.000 habitantes, mientras que el promedio de la OCDE era de 8,8.⁶⁴

⁶² ONU, “Observación General No.18”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/GC/18, 7 a 25 de noviembre de 2005, párr.36.

⁶³ En México: *Cfr.* Tesis II.1o.T.6 L, Tesis XVII.1o.P.A. J/24, y, Tesis XVII.1o.P.A. J/25. En otros países de Latinoamérica tales como El Salvador y Perú se han sometido casos ante sus tribunales en contra de sus respectivos presupuestos, tales como la Inconstitucionalidad 1-2017/25-2017 promovida por ciudadanos de El Salvador en contra de la Asamblea Legislativa respecto del presupuesto del 2017, y el Caso Ley de Presupuesto Público, el cual versaba sobre demandas de inconstitucionalidad promovidas por Colegios de Abogados y Ciudadanos del Perú en contra del Congreso de la República respecto del presupuesto del 2012 y 2013.

⁶⁴ OCDE, “Health at a Glance 2019: OECD indicators”, Paris, OECD Publishing, 2019, p. 33, https://read.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/health-at-a-glance-2019_4dd50c09-en#page3

El Secretario de Salud, Jorge Alcocer reconoció un déficit antes de la pandemia de 200,000 médicos: 123,000 médicos generales y 76.000 especialistas.⁶⁵ Por otra parte, En 10 años, de 2010 a 2020, el número de hospitales se incrementó por sólo 1,115, casi 23%.⁶⁶

Todo ello provee indicios de que el Estado Mexicano fue negligente, en robustecer su sistema de salud, especialmente cuando ya había tenido la experiencia de la epidemia de AH1N1 en 2009. Ello pudo contribuir a que llegado la pandemia en 2020, no se tuviera suficiente personal capacitado. Llama la atención que no hubo un incremento en el gasto público en salud como porcentaje del PIB después de 2009. El gasto público en salud como porcentaje del PIB estuvo entre 2.5% y 2.9% durante los años de 2010 y 2020, e incluso se observa una disminución a partir de 2009.⁶⁷ Esta asignación presupuestaria es poca si lo comparamos con el promedio en los países de la OCDE que es en promedio 6.25%.⁶⁸

Los datos mencionados sobre el gasto público en salud como porcentaje del PIB muestran una asignación insuficiente, y sugieren violación por parte del Estado Mexicano de sus obligaciones

⁶⁵ Alcocer, Jorge, “Conferencia matutina de AMLO, 07 de abril de 2020” Youtube, <https://www.youtube.com/watch?v=MI4E0HgIqA>

⁶⁶ Sistema de Información de la Secretaría de Salud, Establecimientos de Salud por año, Sinaiscap, México, 2021, http://sinaiscap.salud.gob.mx:8080/DGIS/GenerarTabla?titulo=Establecimientos%20de%20Salud%20por%20a%F1o&href=/tablero/recursos_en_salud/establecimientos_de_salud/Entidad/2010-2020_establecimientosSalud_Entidad.xlsx&ruta=/tablero/recursos_en_salud/establecimientos_de_salud/Entidad/2010-2020_establecimientosSalud_Entidad.xlsx&hoja=Nacional&adicionalesTitulo=NACIONAL

⁶⁷ Méndez Méndez, Judith Senyacen, “La contracción del gasto per cápita en salud: 2010 – 2020”, Centro de Investigación Económica y Presupuestaria (CIEP), México, 2019, <https://ciep.mx/la-contraccion-del-gasto-per-capita-en-salud-2010-2020/#:~:text=El%20presupuesto%20del%20IMSS%20como,mil%20559%20mdp%20o%2035.45%25;>

“Presupuesto público para salud 2021”, 7 de octubre del 2020, <https://codigof.mx/presupuesto-publico-para-salud-2021/>

⁶⁸ OCDE, “Health at a Glance 2019: OECD Indicators”, París, OECD Publishing, 2019, <https://doi.org/10.1787/4dd50c09-en>.

contraídas en el PIDESC, en el CADH y en el PA-CADH. Como señala la OG 14, las violaciones de la obligación de cumplimiento se producen cuando los Estados no adoptan todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho a la salud, entre estas medidas están los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos.⁶⁹

Los Estados Parte del PIDESC tienen la obligación de adoptar medidas económicas; se trata de una obligación instrumental condicionada por la realización de los DDHH. Por tanto, la obligación deriva de la efectividad de los derechos y de la voluntad de protegerlos.⁷⁰

Queda claro que para la efectividad de los DDHH no basta el reconocimiento constitucional o convencional (positivización en constituciones y convenciones); sino que se necesitan financiar eficaz y efectivamente. Se trata de positivizar el gasto público para los DDHH desde una perspectiva sustancial en donde no se responde sólo a qué gasto es legal sino también a qué gasto es legítimo. Por supuesto, también se requiere de un ulterior ejercicio eficaz y eficiente, pero ello no es materia de este trabajo.

Para el CoDN, entre las medidas de aplicación de los derechos contenidos en la CDN está la necesidad de elaborar una amplia estrategia nacional basada en la propia CDN.⁷¹ Sin embargo, dicha estrategia debe incluirse en los presupuestos nacionales para no quedar marginada de los principales procesos de adopción de decisiones, y por tanto, para no quedar como una lista de buenas intenciones. En este sentido, la previsión presupuestaria, convierte

⁶⁹ ONU, Observación general N° 14: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)”, CESCR, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 52.

⁷⁰ Buchardó i Parra, Anna, *Presupuesto Público y Derechos Humanos*, Universitat de València, España, 2019, p. 79.

⁷¹ ONU, Observación General N° 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) (CRC/GC/2003/5), párr. 31.

a las declaraciones de política y de principios en objetivos reales y asequibles, los derechos se priorizan y se evita que la falta de concreción diluya las obligaciones del Estado Parte.⁷²

Por otra parte, en la OG No.19,⁷³ el CoDN señala que el uso del presupuesto público para la realización de los DDHH es una medida que por su naturaleza, es parte tanto de las medidas legislativas, de las administrativas como de las de otra índole que incluye el artículo 4° de la CDN. Observa que las medidas legislativas y administrativas son medidas formales, que si bien son importantes y necesarias, no pueden ser implementadas si no cuentan con suficientes recursos financieros que sean movilizados, asignados y gastados de una manera responsable, efectiva, eficiente, equitativa, participativa, transparente y sostenible.

Como se advierte la medida de asignar recursos públicos para la efectividad de los DDHH es una medida que involucra todo el proceso presupuestario. Al respecto, el CoDESC señala que para ejercer el control debido del uso de los recursos públicos, es necesaria una labor de recopilación de información desagregada que es imprescindible en el proceso de formulación de la política económica nacional. Es decir, la planeación es importante. La información a recopilarse incluye los datos referentes a la proporción del presupuesto nacional o de otro nivel administrativo, destinada a los DDHH. Recuerda que las políticas económicas no son neutrales, por tanto, los distintos ajustes y cambios que se adoptan exigen una rigurosa vigilancia de sus efectos, para proteger los derechos. Por su parte, el CoDN advierte que la necesidad de contar con información desagregada, no sólo tiene fines de prevención sino también

⁷² *Ibidem*, párr. 32.

⁷³ ONU, Observación General N° 19 (2016) del Comité de los Derechos del Niño, sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (artículo 4), (CRC/C/GC/19).

tiene como fin la mejora en las condiciones de vida de todos los ciudadanos, mismo que se vuelve prioridad en la distribución de los recursos de manera eficaz y eficiente.⁷⁴

En este sentido, asignar recursos para los DDHH por sí solo no solventa la obligación. El gasto legítimo, la decisión sobre a qué programas o rubros del presupuesto asignar recursos tendría que ser una decisión meditada no arbitraria, con base en información y datos que sustenten la decisión, y con base en medios y fines claramente identificados. Desde el Plan Nacional de Desarrollo (PND) es necesario: que se establezca una estrategia nacional, que se explique cuáles son los objetivos y estrategias prioritarias durante cada sexenio, y que se expliquen las motivaciones detrás de los objetivos y las aspiraciones, a partir de una estructura coherente y racional. Ello implica un rigor metodológico superlativo y un ejercicio de racionalidad en el diseño de las grandes políticas públicas, a partir de un diagnóstico objetivo. De no ser así, el PND y el presupuesto no podrán ofrecer un mínimo de certezas a la sociedad y no se podrá, a través de ellos, articular racionalmente a las políticas y a la administración pública.

Nos podemos preguntar entonces, ¿cómo debe ser un presupuesto que satisfaga los requisitos como medida para hacer efectivo los DDHH?

La PF configura el presupuesto del Estado, el gasto público, es el conjunto de erogaciones que efectúan las entidades gubernamentales. Se organiza en el presupuesto y refleja el monto de recursos asignados a cada rubro de erogación, por lo que determina la capacidad de hacer cosas. Para Horacio Corti, el presupuesto público es una técnica jurídica a través de la cual, en un Estado de Derecho, el Poder Legislativo autoriza mediante una ley los gastos públicos por un período de tiempo sobre la base de una correlativa previsión de

⁷⁴ ONU, Observación General No. 9 del Comité de los Derechos del Niño sobre los derechos de los niños con discapacidad, CoDESC, 27 de febrero de 2007, CR-C/C/GC/9, párr. 19.

los ingresos públicos. Así, la ley de presupuesto es el resultado jurídico de una potestad pública que vehiculiza una decisión política del Estado sobre las prioridades que darán lugar a la autorización del gasto público.⁷⁵ Para la Auditoría Superior de la Federación, un presupuesto público es una estimación financiera anticipada, de los egresos e ingresos del Sector Público Federal, necesarios para cumplir con las metas de los programas establecidos. Asimismo, constituye el instrumento operativo básico que expresa las decisiones de política económica y de planeación.⁷⁶

El ciclo presupuestario es un proceso que consiste en una serie de etapas para organizar el ejercicio de los recursos públicos durante un determinado periodo: planeación, programación, presupuesto, implementación y evaluación.⁷⁷ Para un presupuesto con enfoque de DDHH, es necesario asegurar que en cada una de las etapas así como en las disposiciones vigentes, los mecanismos de asignación o los actores mismos retomem el enfoque de derechos. Este enfoque debe estar patente desde el PND, hasta los programas con sus respectivos presupuestos.

El presupuesto público denota la factibilidad económica de las políticas, programas y normas, pues a través de ello se decide en qué medida podrán llevarse a cabo. De esta manera, si bien las políticas, programas y normas concretan los DDHH, el presupuesto determina en gran medida qué se podrá hacer en la facticidad atendiendo a los recursos financieros asignados. No debemos olvidar que promover, proteger, respetar y garantizar los DDHH conlleva un costo económico. En este sentido, si los DDHH son efectivamente una prioridad, deben verse reflejados en el presupuesto y no sólo en la

⁷⁵ Aníbal Corti, Horacio Guillermo, *Derecho Constitucional Presupuestario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, 2007, pp. 32-34.

⁷⁶ Auditoría Superior de la Federación, “Técnicas Presupuestarias”, Serie Apuntes Didácticos, México, 2016, p. 3, https://www.asf.gob.mx/uploads/61_Publicaciones_tecnicas/9_Tecnicas_Presupuestarias.pdf

⁷⁷ *Ibidem*, p. 15

Constitución o inclusive en los programas y políticas de gobierno relacionados con los DDHH. Los presupuestos, son la expresión de los objetivos de cada administración y del quehacer gubernamental.⁷⁸ Como establece la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DDHH, “los presupuestos reflejan las prioridades económicas y sociales en pesos y centavos”.⁷⁹

En este sentido, cualquiera que sea la técnica en particular que se escoja, introducir una lógica de programar, planificar y presupuestar en torno al enfoque de derechos, requiere un nuevo diálogo entre el PND y el presupuesto, y entre el PND y la evaluación. El presupuesto debe ser asumido como medio para alcanzar un fin: el pleno goce de los DDHH.⁸⁰ Tal presupuesto permitiría un correcto ejercicio del gasto público, al determinar qué instituciones son las responsables y cuál es el gasto destinado al promover, respetar, proteger y garantizar cada uno de los DDHH.

VI. CONCLUSIONES

El reconocimiento constitucional y convencional de los DDHH no es suficiente. Los DDHH deben ser financiados con recursos públicos, mediante políticas fiscales bien diseñadas para lograr la efectividad de los derechos.

La política fiscal en si misma no es un fin, sino un instrumento para la efectividad de los DDHH, debe tender al cumplimiento de estos derechos a través de un marco normativo y operacional que favorezca el ejercicio universal y progresivo de los DDHH.

⁷⁸ CNDH, “Estudio sobre Presupuesto Público y ...”, *cit.*, pp. 55.

⁷⁹ Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos humanos, *Políticas públicas y presupuesto con perspectiva de derechos humanos*, Manual Operativo para servidoras y servidores públicos, México, Flacso, 2010. p. 17.

⁸⁰ CNDH, “Estudio sobre Presupuesto Público y ...”, *cit.*, pp. 45-46.

Los principios contenidos en la constitución y en los tratados de DDHH fundamentan la obligación del Estado de diseñar, formular e implementar medidas tributarias y presupuestarias al servicio del desarrollo humano y de la realización de los derechos.

A través de políticas tributarias justas el Estado puede movilizar recursos hacia las arcas públicas para financiar los DDHH. Para ello se debe revisar la progresividad de las cargas impositivas, las deducciones, las exenciones, vacíos legales y evasión fiscal.

Las asignaciones al gasto público no deben ser arbitrarias; la presupuestación legítima es aquella que exprese su vocación hacia la efectividad de los derechos humanos, con asignaciones directamente relacionadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en todo el proceso presupuestario.

VII. REFERENCIAS

- Alcocer, Jorge, Alcocer, Jorge, “Conferencia matutina de AMLO, 07 de abril de 2020” en Youtube, <https://www.youtube.com/watch?v=MI4E0HgIqA>
- Alston, Philip G. y REISCH, Nikki R, *Tax, inequality and human rights*, Oxford, Oxford Scholarship Online, 2019.
- Alston, Philip y Quinn, Gerard. “The nature and scope of States Parties’ obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 9, núm. 2, mayo de 1987.
- Aníbal Corti, Horacio Guillermo, “Los principios comunes del derecho constitucional presupuestario, el gasto público justo y la teoría general de la constitución financiera”, *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, , núm. 78, mayo de 2018.
- Aníbal Corti, Horacio Guillermo, *Derecho Constitucional Presupuestario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- Aníbal Corti, Horacio Guillermo. “La política fiscal en el derecho internacional de los derechos humanos: presupuestos públicos,

- tributos y máximos recursos disponibles”, *Revista Institucional de la Defensa Pública de Buenos Aires*, año 9, núm. 17, 2019.
- Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, “Política fiscal y derechos humanos en las Américas. Movilizar los Recursos para Garantizar los Derechos”. *Informe preparado con ocasión de la Audiencia Temática sobre política fiscal y derechos humanos, 156° Periodo de Sesiones de la Comisión Interamericana de derechos humanos*. Washington D.C., octubre de 2015, https://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2015/10/cidh_fiscalidad_ddhh_oct2015.pdf
- Auditoría Superior de la Federación, “Introducción al Sistema Fiscal Mexicano”, México, Serie Apuntes Didácticos, México, 2016, https://www.asf.gob.mx/uploads/61_Publicaciones_tecnicas/2._Introduccion_al_Sistema_Fiscal_Mexicano.pdf
- Auditoría Superior de la Federación, “Técnicas Presupuestarias”, Serie Apuntes Didácticos”, México, 2016, https://www.asf.gob.mx/uploads/61_Publicaciones_tecnicas/9._Técnicas_Presupuestarias.pdf
- Baker, Philip. “Taxation and human rights”, *GITC Review*, vol. I, núm. 1, noviembre de 2001.
- Bayona de Perogordo, Juan José, *El derecho de los gastos públicos*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, 1991.
- Bidart Campos, German J. *Teoría General de los derechos humanos*, México, UNAM, 1993.
- Bobbio, Norberto. “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de derechos humanos*, Madrid, vol. 1, enero de 1981.

- CESR, “Política fiscal derechos humanos en tiempos de austeridad”, Estados Unidos, CESR, 11 de abril de 2016, <https://cesr.org/politica-fiscal-y-derechos-humanos-en-tiempos-de-austeridad>
- Chaparro Hernández, Sergio Raúl, *Presupuesto, derechos humanos y control judicial. Una oportunidad para la convergencia entre constitucionalismo y hacienda pública*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2014.
- CNDH, *Estudio sobre Presupuesto Público y Derechos Humanos*, México, CNDH, 2016, <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-07/27-Presupuesto-publico-DH-Agenda.pdf>
- CNDH, *Presupuesto Público y Derechos Humanos: Por una Agenda para el Rediseño del Gasto Público en México*, México, CNDH, 2018, <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-07/27-Presupuesto-publico-DH-Agenda.pdf>
- Combellas, Ricardo, “Estado de derecho. Crisis y renovación”, *Jurídica Venezolana*, Caracas, 1982.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre la pobreza y derechos humanos en las Américas”, *Pobreza y derechos humanos*, OEA, 7 de septiembre 2017, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/pobrezaddhh2017.pdf>
- Correas, Oscar, “Los derechos humanos en el Estado moderno. (¿Qué hace moderno a los derechos humanos?)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 37 (2003), pp. 271-285.
- García Belaunde, Domingo, *El Derecho Presupuestario en el Perú*, Lima, Luis Alfredo Ediciones, 1998.
- González, Plessman, Antonio, *Los derechos humanos como centro de las políticas públicas: apuntes teóricos y prácticos*, Caracas, Provea, Mimeo, 2004.

- Güendel González, Ludwig, “Políticas públicas y derechos humanos”, *Revista de Ciencias Sociales*, vol. III, núm. 97, San José, 2002, pp. 105-123.
- Hakansson, Carlos, “El impacto de la Declaración Universal de los Derechos humanos en las constituciones Iberoamericanas”, *Persona y Derecho*, núm. 59, 2008.
- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Trad. de Stella Mastrangelo, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011.
- Human Rights Watch, “México, eventos de 2019”, en Informe Global 2020, 2019, <https://www.hrw.org/es/world-report/2020/country-chapters/336494>
- Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. “Avance hacia una mejor inversión en los derechos del niño”, 19 de diciembre de 2014, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/9932.pdf>
- Keely, Brian, “Desigualdad de ingresos. La brecha entre ricos y pobres”, Paris, Esenciales OCDE, OCDE Publishing, 2018.
- Lorenzo Córdova, Vianello, “La reforma constitucional de DDHH: una revolución copernicana”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 61, núm. 256, 2011.
- Méndez, Méndez, Judith Senyacen, “La contracción del gasto per cápita en salud: 2010 – 2020”, México, Centro de Investigación Económica y Presupuestaria (CIEP), 2019, <https://ciep.mx/la-contraccion-del-gasto-per-capita-en-salud-2010-2020/#:~:>

text=El%20presupuesto%20del%20IMSS%20como,mil%20559%20mdp%20o%2035.45%25

- OCDE, “Health at a Glance 2019: OECD indicators”, Paris, OECD Publishing, 2019, p. 33, https://read.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/health-at-a-glance-2019_4dd50c09-en#page3
- OCDE, “Health at a Glance 2019: OECD Indicators”, París, OECD Publishing, 2019, <https://doi.org/10.1787/4dd50c09-en>.
- OCDE, ONU, CIAT, BID, “Estadísticas Tributarias en América Latina y el Caribe 2021”, <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/folleto-estadisticas-tributarias-en-america-latina-y-el-caribe.pdf>
- Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos humanos, *Políticas públicas y presupuesto con perspectiva de derechos humanos*, Manual operativo para servidoras y servidores públicos. México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Flacso, 2010.
- ONU “Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Irlanda”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/IRL/CO/3, 8 de julio de 2015.
- ONU, “Observación General No.5 del Comité de los Derechos del Niño sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos”, 34º periodo de sesiones, 19 de septiembre de 3 de octubre de 2003.
- ONU, “Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DDHH e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General: avance hacia una mejor inversión en los derechos del niño”, 19 de diciembre de 2014, párr.3, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/9932.pdf>

- ONU, “Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona”. A/HRC/26/28. Mayo de 2014, <https://undocs.org/es/A/HRC/26/28>
- ONU, “Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los DDHH, Magdalena Sepúlveda Carmona”, A/HRC/26/28, 22 mayo de 2014.-- -- Resolución del Consejo de DDHH de las Naciones Unidas de 24 de marzo de 2015 sobre “Derechos del niño: avance hacia una mejor inversión en los derechos del niño”, 2015,
- ONU, “Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Paraguay”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/PRY/CO/4, 20 de marzo de 2015.
- ONU, “Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Guatemala, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/GTM/CO3, 9 de diciembre de 2014.
- ONU, “Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero, cuarto y quinto combinados de El Salvador”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/SLV/CO/3-5,19 de junio de 2014.
- ONU, “Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos en virtud de tratados de DDHH”, Instrumentos Internacionales de DDHH, 27 de mayo de 2008, pp. 166-180.
- ONU, Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 Noviembre de 1989, U.N.T.S 1577.
- ONU, CEPAL, *Panorama fiscal de América Latina y el Caribe 2020. La política fiscal ante la crisis derivada de la pandemia por coronavirus (COVID-19)*, Santiago, ONU, CEPAL, , https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45730/1/S2000154_es.pdf

- ONU, Observación general N° 14: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)”, CESCR, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 52.
- ONU, Observación General N° 19 (2016) del Comité de los Derechos del Niño, sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (artículo 4), (CRC/C/GC/19).
- ONU, Observación General N° 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) (CRC/GC/2003/5), párr. 31.
- ONU, Observación General No. 9 del Comité de los Derechos del Niño sobre los derechos de los niños con discapacidad, Co-DESC, 27 de febrero de 2007, CRC/C/GC/9, párr. 19.
- ONU, Observación General No.12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a una alimentación adecuada (art. 11), 12 de mayo de 1999, E/C.12/1999/5.
- ONU, Observación General No.18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho al trabajo de 6 de febrero de 2006. E/C.12/GC/18.
- Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*, 22 noviembre 1969
- Organización de los Estados Americanos (OEA), *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”*, 17 noviembre 1988.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de Diciembre, 1996, 993 U.N.T.S.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1996, 993 U.N.T.S.

Resolución del Consejo de derechos humanos de las Naciones Unidas de 24 de marzo de 2015 sobre “Derechos del niño: avance hacia una mejor inversión en los derechos del niño”.-, Consejo de Derechos Humanos, 28º período de sesiones. A/HRC/28/L.28.

Sarur Zanatta, María Susana y ROMERO VALDÉS, José Francisco, “La Política Fiscal en México”, *Revista Electrónica de Investigación de la Universidad de Xalap.*, México, año 6, núm. 19, junio-agosto de 2018, pp. 74-88.

SCJN, “Reforma constitucional en DDHH y amparo: la revolución cultural de los derechos”, *El Poder de la Justicia. Boletín electrónico*, México, 2021, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/comunicacion_digital/2021-

Serrano, Sandra, “Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos”, En Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo y Caballero Ochoa, José Luis y Steiner, Christian (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Nacional e Internacional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, t. 1.

Sinaiscap, “Establecimientos de Salud por año”, México, SINAISCAP, 2021, http://sinaiscap.salud.gob.mx:8080/DGIS/GenerarTabla?titulo=Establecimientos%20de%20Salud%20por%20a%F1o&href=/tablero/recursos_en_salud/establecimientos_de_salud/Entidad/2010-2020_establecimientosSalud_Entidad.xlsx&ruta=/tablero/recursos_en_salud/establecimientos_de_salud/Entidad/2010-2020_establecimientosSalud_Entidad.xlsx&hoja=Nacional&adicionalesTitulo=NACIONAL

- Tamayo Saez, Manuel, “El análisis de las políticas públicas”, en Bañon, Rafael y Carrillo, Ernesto (comps.), *La nueva Administración Pública*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.
- Tesis Aislada 2019704, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, t. III, Abril 2019, p. 1999.
- Tesis II.1o.T.6 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, febrero de 2013 p. 130;
- Tesis XVII.1o.P.A. J/24, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. VI, junio de 2019, p. 4950;
- Tesis XVII.1o.P.A. J/25, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. VI, junio de 2019, p. 4948.
- Tesis: CXLIV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, septiembre de 2009, p. 2712.
- Tesis: P./J. 15/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, abril de 2009, p. 1116.
- Villagómez, Francisco Alejandro, *El enfoque de la perspectiva de derechos en la política fiscal: Construcción de un marco metodológico para aplicarse en México y países seleccionados de Centroamérica*, México, CEPAL, 2014.

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR. UN ENFOQUE HERMENÉUTICO

Paola Martínez Vergara¹

I. INTRODUCCIÓN

El discurso de los derechos humanos es un tejido vivo en el que se entrelazan diversidad de elementos no sólo jurídicos, sino filosóficos, históricos, políticos y sociales, entre otros. Por ello, las perspectivas de análisis también participan de esa complejidad. Es así que su conceptualización y clasificación tampoco es tarea sencilla y acabada, debido a que existen tantas consideraciones al respecto, como corrientes jurídico-filosóficas.

Dentro de este universo, el objetivo primario del presente trabajo es adentrarnos al estudio de los derechos humanos en el ámbito familiar, para aproximarnos a su determinación en el contexto de la clasificación generacional sobre este tópico y, finalmente, realizar un esbozo sobre la aplicación de una visión hermenéutica *ad hoc* al tema que nos ocupa.

Al efecto, comenzaremos por explicar el concepto de derechos humanos bajo algunas de las teorías jurídicas más representativas, así como la clasificación de los mismos de acuerdo con el criterio dominante. Enseguida, abordaremos los derechos humanos de los miembros de la familia con base en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los instrumentos internacionales aplicables. Por último, realizaremos la propuesta de un modelo hermenéutico de talante axiológico, principialista, prudencial, holístico y dinámico que contribuya a la mejor comprensión de los derechos humanos en el contexto familiar.

¹ Profesora de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

II. DESARROLLO

1. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las diferentes conceptualizaciones en torno a los derechos humanos comparten elementos esenciales como las ideas de dignidad, igualdad y las características de universalidad, incondicionalidad e inalienabilidad. Sin embargo, es posible identificar algunos matices al examinar el contenido de posturas doctrinarias de índole naturalista, histórico-sociológico y positivista.

El iusnaturalismo teológico sostiene que los seres humanos poseen derechos por voluntad divina debido al orden natural dispuesto por el ser supremo. Por su parte, el iusnaturalismo racional indica que estos derechos existen no por designio de Dios, sino en atención a la naturaleza racional del ser humano que lo coloca en una situación de distinción. En ambas vertientes, la ley humana lo que hace es reconocer esa condición, esto es, los derechos humanos son anteriores y superiores al derecho positivo.²

En cambio, la teoría del historicismo cultural pone énfasis en la evolución, transformación y superación del ser humano a través del tiempo. Por lo tanto, la existencia de los derechos humanos es consecuencia del desarrollo histórico-social en que el ser humano va construyendo un sistema de creencias y un conjunto de valores que lo determinan. Finalmente, según el pensamiento positivista estos derechos son creados por el poder público a través del ordenamiento jurídico de cuya validez formal depende la existencia de tales facultades.³

No obstante los matices que presentan estas corrientes de pensamiento, es factible conciliarlas en alguna medida, puesto que, como lo afirma Rodolfo Lara Ponte, muchos de sus elementos y conceptos forman parte en nuestros días del acervo general de la disciplina

² Cfr. Quintana Roldán, Carlos F., y Sabido Peniche, Norma D., *Derechos humanos*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 2001, pp. 25 y 26.

³ Cfr. *Ibidem*, p.26.

jurídica. Muestra de esta posible síntesis conceptual la representan precisamente los derechos humanos que hoy son el espacio de intersección de un fundamento evidentemente iusnaturalista y de la objetivación de un ordenamiento positivo, eficaz para su ejercicio.⁴ Y sin duda, también son el fruto de la evolución cultural de la sociedad.

El devenir histórico ha demostrado la posibilidad de armonizar las corrientes jurídico filosóficas a que nos hemos referido, sobre todo en los momentos de esplendor de los derechos humanos, como la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 o la misma *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948; y sin duda, en las Constituciones políticas de infinidad de naciones que, a través de su preceptiva consagran y protegen los derechos humanos, sus principios y garantías.

De manera semejante, el encuentro entre estas teorías puede constatararse en algunos de los exponentes del iusnaturalismo clásico actual, quienes además de preocuparse del contenido del derecho positivo han prestado atención y revalorizado los aspectos procedimentales y técnico-jurídicos.⁵

A todo esto, nos identificamos con la definición de Enrique Pérez-Luño quien los concibe como “el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.⁶

⁴ Cfr. Lara Ponte, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 2002, p.7.

⁵ Cfr. Vigo, Rodolfo L., *El Iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, México, Fontamara, 2003, p.173.

⁶ Pérez-Luño, Enrique, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, España, Ed. Tecnos, 1984, p.48.

Asimismo, las características de los derechos humanos son: la universalidad, la imprescriptibilidad, la inalienabilidad y la permanencia. La universalidad se refiere a que todos los individuos, sin excepción, los poseen. La imprescriptibilidad consiste en que no se pierden por el paso del tiempo. Lo inalienable se da en razón de la imposibilidad de transmitirlos o negociar con ellos y finalmente la permanencia porque le son propios al ser humano desde su nacimiento hasta la muerte.

Por otra parte, la clasificación más aceptada de los derechos humanos los agrupa en tres generaciones vinculadas con períodos históricos de relevancia:

Primera generación. Referida a derechos individuales o de manifestación personal como la vida o la libertad. Se produjo a finales del siglo XVIII.

Segunda generación. Son los denominados de corte social, precisamente alude a los derechos sociales, familiares, económicos y culturales. Surge a principios del siglo XX.

Tercera generación. También llamados intereses difusos, de cooperación o solidaridad. Estos derechos se caracterizan por ser específicos en razón del sujeto (derechos de las mujeres, de los niños, de las minorías, de los discapacitados, de los adultos mayores, de los animales) o específicos en atención a su objeto (derechos medioambientales, derechos sobre el código genético, derechos informáticos). Esta etapa se origina en el contexto de la era tecnológica.⁷

El conocimiento de esta tipología permite no solamente ubicar a los derechos humanos desde el punto de vista diacrónico, sino que proporciona los criterios para comprender mejor su contenido y alcances de acuerdo con su contexto y teleología. En este sentido, los fines que pretenden lograr los derechos humanos de la primera

⁷ Cfr. Hierro L., Liborio, “El niño y los derechos humanos”, Fanlo, Isabel (comp.), *Derecho de los niños. Una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004, pp.177-178.

generación no son los mismos que los de la segunda o tercera. Cada clase de derechos se distingue una de otra, lo cual no impide que puedan armonizarse tanto en el plano teórico como en la *praxis*.

En el plano familiar, surge la inquietud por determinar cuáles son los derechos humanos que están en juego y a qué generación o generaciones pertenecen; pues en la medida en que podamos identificarlos y contextualizarlos, obtendremos un conocimiento más profundo sobre ellos. A continuación, procuraremos concretar esa motivación con apoyo en la Ley Suprema y en los instrumentos internacionales en la materia.

2. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA FAMILIA. ARTÍCULO 4º CONSTITUCIONAL E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Con el propósito de fijar las condiciones epistémicas que nos permitan abordar la cuestión jurídico-familiar, es necesario empezar por explicar algunos aspectos relacionados con la autonomía y ubicación del Derecho Familiar o Derecho de Familia en la clasificación del Derecho, cuya discusión sigue vigente.

Recordemos que la división clásica del Derecho está conformada por: Derecho Público y Derecho Privado. Dentro de cada uno de estos sistemas se comprenden diversas disciplinas jurídicas. No obstante, a finales del siglo XIX comienza a desarrollarse la *idea socializadora del derecho*, que se proyectó en dos aspectos: El fenómeno de socialización del derecho; y el surgimiento de una nueva rama de la ciencia jurídica: el Derecho Social. Nace así la división tripartita del Derecho: Público, Privado y Social. ¿En cuál de estas tres divisiones debemos ubicar al Derecho Familiar?. Al respecto, se han producido diversas posturas⁸ sostenidas por doctrinarios de todas partes del orbe; principalmente:

⁸ Para profundizar acerca de la autonomía del Derecho Familiar, puede consultarse: Barroso Figueroa, José, “La autonomía del Derecho de Familia”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo XVII, Núm.68, Universidad Nacional Autónoma de México,

El estudio de las relaciones jurídico-familiares forma parte del Derecho Civil. La doctrina clásica, considera que el Derecho Familiar no es una disciplina autónoma, sino que dentro del ámbito de estudio y regulación del Derecho Civil se encuentra la familia, en virtud de que las relaciones familiares son un elemento inherente a la persona. Por lo tanto, conforme a esta postura, las normas relativas a la familia deben ubicarse en el campo del Derecho Privado.

El Derecho Familiar forma parte de un tercer género, distinto al Derecho Público y al Derecho Privado. A partir de 1913, el tratadista italiano Antonio Cicu comienza a difundir la idea consistente en reconocerle autonomía al Derecho Familiar. Además, afirma que el Derecho de Familia es distinto del Derecho Privado y se aproxima al Derecho Público, por lo cual, debe asignársele un lugar independiente de aquellos, es decir, estar incluido en un tercer género. Roberto De Ruggiero sigue e interpreta la doctrina de Cicu, justificando la autonomía del Derecho Familiar con base en que el principio de autonomía de la voluntad no se aplica o está muy limitado en esta materia; y diversas reglas comunes a los negocios jurídicos no son aplicables en los derechos de familia: a) No se aplica el principio de representación; b) No se permite limitar mediante términos o condiciones los efectos jurídicos de la declaración; c) No se admite la renuncia o la transmisión de derechos; d) Existe una importante injerencia del poder público en los actos jurídicos familiares y en la tutela del interés superior de la familia.

Por nuestra parte, consideramos al Derecho Familiar como una rama autónoma desde el punto de vista doctrinal, jurisdiccional y didáctico, fundamentalmente. A la vez, participamos del pensamiento de Cicu al colocarla en un tercer género, el cual, desde nuestra visión, es el Derecho Social.

México, Octubre-Diciembre, 1967, pp. 809-843; y Cicu, Antonio, *El Derecho de Familia*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Argentina, Ediar Soc. Anón. Editores, 1947, pp.229-300.

Concluida esta nota introductoria, nos daremos a la tarea de indicar cuáles son los derechos humanos en el ámbito del Derecho Familiar, mismos que –como ya dijimos- se desprenden de la Ley Suprema y de los documentos internacionales.

A partir de la reforma al artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974, quedó establecido el principio de la *igualdad jurídica entre el varón y la mujer*⁹ así como *el principio de protección a la organización y desarrollo de la familia*. Además, mediante este mismo decreto, el artículo 123 constitucional fue reformado al ampliar la licencia de maternidad –que hasta entonces había sido de un mes de descanso posterior al parto- a seis semanas anteriores al parto y seis semanas posteriores al mismo. Con esa misma fecha, fueron publicadas importantes reformas a la Ley Federal del Trabajo en materia de no discriminación por género y de protección a las mujeres embarazadas, prohibiendo la realización de trabajos que exijan esfuerzos considerables o pongan en riesgo su salud.

No obstante a los avances expuestos, ya desde el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en Materia Federal de 1928 se estableció la equiparación de la capacidad jurídica del hombre y la mujer. En la exposición de motivos de dicho código el legislador manifestó lo siguiente:

Se estableció que la mujer pudiera, sin necesidad de autorización marital, servir un empleo, ejercer una profesión o industria, o dedicarse al comercio, con tal que no descuidara la dirección y los

⁹ La interpretación de este postulado consiste en el reconocimiento de los principios de igualdad y no discriminación entre el hombre y la mujer. El Estado tiene el deber de “buscar la igualdad de oportunidades para que ambos intervengan activamente en la vida social, económica, política y jurídica del país sin distinción alguna.” *Cfr.* Orozco Henríquez José de Jesús y Meza Flores, Jorge H., “Art.4, párrafo primero”, en Cossío Díaz, José Ramón (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, t. I, p. 149.

trabajos del hogar.

(...) La equiparación legal del hombre y la mujer se hacía necesaria, en vista de la fuerza arrolladora que ha adquirido el movimiento feminista. Actualmente la mujer ha dejado de estar relegada exclusivamente al hogar; se le han abierto las puertas para que se dedique a todas las actividades sociales, y en muchos países toma parte activa en la vida política. En tales condiciones, era un contrasentido la reducción de su capacidad jurídica en materia civil, sustentada en el código anterior.¹⁰

Este ordenamiento civil también fue modificado en la misma fecha, es decir, el 31 de diciembre de 1974, al quedar derogada la disposición que facultaba al marido a oponerse a que su mujer trabajase fuera del hogar, siempre que fundara su oposición en las razones que él mismo señalara. En ese sentido, la limitación que tenía la mujer para desempeñar algún empleo u oficio consistente en “no perjudicar la dirección y trabajos del hogar” fue también suprimida. Conforme al criterio de igualdad jurídica entre el varón y la mujer, la única restricción al desempeño de cualquier actividad de ambos cónyuges que quedó establecida fue la de que dicho empleo dañara la moral o la estructura de la familia.

Antes de dichas reformas, en las leyes en materia civil, familiar y laboral se legitimaba en sus textos la discriminación hacia la mujer, ya que se estimaba que era un ser débil y, por lo tanto, necesitado de mayor protección; motivos por los cuales, en algunos casos la ley le prohibía llevar a cabo determinados actos por sí misma y de manera libre. La potestad marital se manifestó al grado de que la mujer debía pedirle permiso al esposo para trabajar o celebrar actos jurídicos. Sin embargo, debido a que la realidad social comenzó a modificarse cuando la mujer decide, aún contracorriente y soportando la presión social, trabajar fuera de su hogar y prepararse profesionalmente para desarrollarse en un plano de equidad en todas las actividades huma-

¹⁰ *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal de 1928*, México, Talleres Gráficos de la Nación, 9 de mayo de 2013.

nas, se cristalizaron en la legislación ciertos avances. Esta tendencia se expresó a nivel internacional, mediante la Organización de las Naciones Unidas (ONU), con acciones concretas como la *Declaración contra la Discriminación de la Mujer*, al proclamar a 1975 “Año de la Mujer”, siendo su antecedente constitucional más importante el haber reconocido la ciudadanía a la mujer con la reforma constitucional al artículo 34 realizada en 1953.

El artículo 4º de la Ley Suprema, además de establecer la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, dispone que el Estado es el responsable de tutelar a la familia como base de la sociedad y sustento de la formación de los individuos al ser cuna de desarrollo insustituible.¹¹ Este precepto fue reformado el 18 de marzo de 1980 con la finalidad de establecer a nivel supremo la obligación de los padres consistente en satisfacer las necesidades y preservar la salud física y mental de los niños. Esta reforma se aprecia como un paso importante encaminado a la promoción de la paternidad responsable. Esto es, involucrar tanto al padre como a la madre en la crianza, cuidados y desarrollo de sus hijos. En este renglón queda clara la pertinencia de las políticas públicas que propicien la corresponsabilidad de los progenitores en el cumplimiento de los deberes filiales.

El 6 de junio de 2019 fue publicada una nueva reforma al primer párrafo de este artículo, mediante la cual se sustituye la palabra “varón” por la de “hombre”, para establecer que: “La mujer y el hombre son iguales ante la ley”. La finalidad de esta modificación es la utilización adecuada del lenguaje con perspectiva de género.

¹¹ En este mismo sentido, la interpretación de este postulado consiste en el reconocimiento de los principios de igualdad y no discriminación entre el hombre y la mujer. El Estado tiene el deber de “buscar la igualdad de oportunidades para que ambos intervengan activamente en la vida social, económica, política y jurídica del país sin distinción alguna.” *Cf.*: Orozco Henríquez José de Jesús y Meza Flores, Jorge H., “Art.4, párrafo primero”, en Cossío Díaz, José Ramón (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, t. I, p. 149.

Por otra parte, a pesar de que existen tanto sencillas como profundas diferencias entre las naciones del orbe que obstaculizan la unificación de criterios en torno al tratamiento de las instituciones del Derecho Familiar y con respecto a la protección de la familia, se han hecho importantes esfuerzos a través de la creación de diversos instrumentos internacionales. En íntima relación con los principios de dignidad humana, igualdad y no discriminación, todos estos instrumentos convergen en ideales que, indiscutiblemente debieran ser respetados en todos los rincones del planeta, con independencia de los factores religiosos, culturales, económicos e incluso jurídicos que pudieran entorpecer su realización. Estos ideales son básicamente:

- El respeto y protección de los derechos humanos fundamentales en el seno de la familia; y de la sociedad en relación con los miembros de la familia. (*Art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos*).
- El reconocimiento de que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo tanto, el Estado deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. (*Art. 15 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "Protocolo de San Salvador"*; y *art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*).¹²
- El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. (*Art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*¹³ y *art. 23.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*).
- Tutelar el interés superior del menor de edad. El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

¹² Cfr. *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "Protocolo de San Salvador"*, adoptado el 17 de noviembre de 1988, www.derechos.org/ve/instrumentos/desc/desc_03.pdf

¹³ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado el 16 de diciembre de 1966, www.derechos.org/nizkor/ley/pdcp.html

¹³ *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado el 16 de diciembre de 1966, www.derechos.org/nizkor/ley/pdec.html

En materia de adopción, consiste en dar una familia adecuada al niño que no la tiene. En el contexto de la importancia de la familia en la prevención de la delincuencia juvenil, debe destacarse la responsabilidad de los gobiernos en el sentido de adoptar una política que permita a los niños desarrollarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. (*Art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Convención de la Haya sobre protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional; Arts. 11-19 de Las Directrices de Riad; y Art. 16 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Protocolo de San Salvador”*).¹⁴

- Evitar la violencia en todas sus formas dentro de la familia. Actualmente, ha sido difundido con mayor fuerza el derecho humano a una vida libre de violencia, contemplándose como tipos de violencia: física, psicológica, sexual y económica. Los integrantes de la célula doméstica más vulnerables son los niños y niñas, las mujeres, los adultos mayores y las personas con discapacidad (*Art. 2, inciso a), y art. 4, inciso e) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o De Belem Do Pará, Brasil*).
- Proteger, en los contextos familiar y social, a los adultos mayores y personas con discapacidad, proporcionándoles alimentación y atención médica especializada. (*Arts. 17 y 18 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Protocolo de San Salvador”*).

La amplitud de derechos humanos de los miembros de la familia y de ésta como núcleo de la sociedad, nos conduce a colocarlos en más de una generación de derechos: en la segunda, por su carácter

¹⁴ Cfr. *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada el 20 de noviembre de 1989, www.unicef.org/spanish/crc/

Convención de la Haya sobre protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional, adoptada el 29 de mayo de 1993

portal2.sre.gob.mx/dgpac/images/pdf/MarcoJuridico/con_haya_protmen.pdf, *Las Directrices de Riad*, adoptadas el 14 de diciembre de 1990, www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%Humanos/OTROS%2003.pdf

eminentemente social y protector de la célula doméstica y, en la tercera, porque varios de los derechos de las mujeres, los niños, los adultos mayores y las personas con discapacidad, se encuentran insertos en el medio familiar.

Ahora bien, el estudio integral de los derechos humanos en la familia puede llevarse a cabo mediante un enfoque hermenéutico, con criterios bien encaminados.

3. CRITERIOS HERMENÉUTICOS

El término “hermenéutica” proviene del griego *hermeneuein*, que equivale a interpretar y traducir. Puede definirse como la rama de la filosofía, la ciencia y el arte de interpretar textos. Es rama de la filosofía porque pretende desentrañar los últimos fundamentos de la esencia de todas las cosas. Es ciencia en tanto que consiste en la explicación y comprensión objetiva y racional de un objeto de conocimiento; y es arte al concebirse como la habilidad o destreza en la aplicación práctica de la teoría.

La interpretación es el descubrimiento del sentido del texto a través de la intención del autor, conociendo el contexto en que fue elaborado para determinar su significado, sentido y alcance. A través de la interpretación se pretende aclarar el sentido obscuro o indeterminado de un texto o suceso.

Una de las obras más trascendentales al respecto fue la del hermeneuta Hans Georg Gadamer, titulada *Verdad y Método*, en la cual, al igual que Heidegger, concibe el entendimiento como el modo de Ser. En ella analiza el problema hermenéutico cuyos alcances van más allá del conocimiento, por lo que pretende ubicarse en la misma experiencia humana. Así, desde su visión:

La hermenéutica significa no tanto un proceso como una actitud de una persona que quiere comprender a alguien más, o que busca comprender una expresión lingüística como lector u oyente. Un intérprete que realmente domina los métodos escolares los utiliza

sólo para que la experiencia del texto sea posible mediante una comprensión mejor. Él no explotará ciegamente el texto para aplicar un método.¹⁵

De sus libros *La actualidad de lo bello* y *Verdad y Método* pueden desprenderse diversos conceptos medulares en la expresión de Gadamer, tales como: *tradicción, historicidad, prejuicio y autoridad*.

La *tradicción* se refiere a la conservación de los elementos que han formado las ciencias del espíritu y, por lo tanto, del ser humano en el *estar ahí* (*Dasein*). La palabra “tradicción” proviene del latín *traditio* que significa “lo que se transmite”. Por ello, la esencia formal y general de la formación humana significa que el individuo se convierte en un ser espiritual general y que la ascensión a la generalidad es una labor que requiere una conciencia de privación del propio interés en función del interés de la generalidad. Sin embargo, para Gadamer esto implica “reconocer en lo extraño lo propio, y hacerlo familiar, es el movimiento fundamental del espíritu, cuyo ser no es sino retorno a sí mismo desde el otro ser”. Esa idea de movimiento implica un acercamiento interno del propio sujeto, pero también la posibilidad de tomar distancia y, en esa medida, tener una conciencia más profunda de su naturaleza ontológica.

En este punto, Gadamer manifiesta: “Como seres finitos, estamos en tradiciones, independientemente de si las conocemos o no, de si somos conscientes de ello o no, estamos lo bastante ofuscados para creer que estamos volviendo a empezar (ello no altera en nada el poder que la tradición ejerce sobre nosotros) pero sí que cambia algo en nuestro conocimiento, sí arrastramos las tradiciones en las que estamos y las posibilidades que nos brindan para el futuro. Por supuesto que tradición no quiere decir mera conservación, sino transformación”.¹⁶ Entonces, podemos considerar a la tradición

¹⁵ Gadamer, Hans-Georg, *Gadamer on Celan: “Who Am I and Who Are You?” And Other Essays*, trans. Richard Heinemann and Bruce Krajewski, Albany, USA, University of New York, 1997, p.161.

¹⁶ Gadamer Hans- Georg, *La actualidad de lo bello*, España, Ed. Paidós, 1991, p.116.

como el esfuerzo hermenéutico de aproximarse a la verdad, a ella se accede mediante la experiencia y no a través del concepto o fundamento.

La hermenéutica también es un método porque constituye un instrumento epistemológico para conocer y comprender el objeto de estudio. De acuerdo con Mauricio Beuchot la metodología de la hermenéutica, asociada tradicionalmente con la sutileza, puede exponerse en tres pasos:

- La *subtilitas intelligendi* (la comprensión del texto).
- La *subtilitas explicandi* (la argumentación de la comprensión del texto).
- La *subtilitas applicandi* (la aplicación de la interpretación).¹⁷

El enfoque hermenéutico que pretendemos aplicar al tema de los derechos humanos en la familia está conformado por los siguientes criterios:

Criterio comprensivo. Debido a la naturaleza interpretativa de la hermenéutica, es importante no únicamente explicar, sino comprender el significado y trascendencia de los derechos humanos, tomando en cuenta el contexto histórico, político, económico y social en que surgieron, se desenvuelven y pretenden hacerse efectivos. En este punto, cabe destacar que el contexto propicio para tal fin es la existencia de un verdadero Estado Constitucional de derecho, cuya plena expresión sólo puede lograrse dentro de una democracia.¹⁸ Más allá de la idea original de *Estado de derecho* entendido como lo esgrimió Robert Von Möhl -artífice de dicha expresión- es decir, “sumisión del Estado al derecho”, se trata de construir un Estado en el que la Constitución sea el referente central de los principios y valores que guíen un proyecto de Nación, con sustento precisamente en la democracia, pero no sólo de tipo representativa, sino también participativa, esto es, una forma de vida.

¹⁷ Beuchot Puente, Mauricio, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, México, Instituto de Investigaciones Filológicas, UNAM, 1997, pp. 7-16

¹⁸ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Los derechos humanos*, Colombia, Ed. Temis Librería, 1980, pp.194 y ss.

Por lo anterior, los derechos humanos son una expresión de la democracia en que todas las voces son escuchadas y tomadas en cuenta al ser reconocidos sus intereses fundamentalmente a través de la norma jurídica. Sin embargo, en naciones cuya democracia es aún incipiente, el acceso a los derechos suele ser complicado, debido también a la carencia de recursos materiales para hacerlos realidad. Esta situación se aprecia de manera más evidente en los derechos de segunda y tercera generación. Precisamente en ellos situamos a los derechos humanos en la familia.

Criterio axiológico. Según Luis Recaséns Siches, los valores son objetos ideales con una propia validez. Los valores —las ideas éticas, jurídicas, estéticas, los módulos de vitalidad, los puntos de vista utilitarios— constituyen calidades ideales frente a los cuales ocurre que las cosas o las conductas pueden ser indóciles.¹⁹

Los valores presentes en el texto de los derechos humanos en general, y particularmente en relación con los derechos humanos en la familia son de gran relevancia para la interpretación de su contenido. La dignidad humana, la libertad, la justicia, la igualdad y la solidaridad son los pilares que justifican la necesidad de proteger a los seres humanos en el medio familiar y a la misma familia como célula primaria de la sociedad.

Criterio principialista. Los principios son “normas teleológicas que no prescriben un comportamiento preciso, sino que encomiendan la obtención de un fin que puede ser logrado usando más de un medio.”²⁰ En el Derecho Familiar existen varios principios como el interés superior del niño, la equidad de género, el orden público y la paternidad-maternidad responsable.

¹⁹ Cfr. Recaséns Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1961, pp. 58-60.

²⁰ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Núm.210, 2006, p.112.

El citado artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tutela estos principios, al igual que el *Código Civil para el Distrito Federal*, siendo este último un ejemplo de avance legislativo con respecto a las demás entidades federativas.

Los documentos internacionales de derechos humanos consagran de manera expresa algunos de estos principios. Verbigracia, el principio del interés superior del niño se desprende de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, de acuerdo con la cual consiste en que el Estado garantice la consideración prioritaria de los intereses del niño en cualquier proceso de toma de decisiones que lo afecte. Asimismo, la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW) establece el principio de la equidad de género, declarándose en contra de las conductas que descalifiquen o marginen a la mujer en razón de su sexo.²¹

Otros principios de gran repercusión en la interpretación de los derechos humanos son: el principio de no discriminación, conforme al cual todos los derechos humanos deben ser aplicados a todos los individuos sin excepción alguna; y el principio de calidad de vida que se refiere a la satisfacción plena de las necesidades materiales y psicológicas, primordialmente los derechos a la salud y servicios médicos; a la seguridad social; y en el caso específico de los niños: a desarrollarse física, mental, espiritual, moral y socialmente; a la educación gratuita y obligatoria por lo menos a nivel primaria; y al esparcimiento, juego y actividades culturales.

Resulta evidente que en la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, los principios y valores son preponderantes por su función informadora, orientadora y legitimadora del ordenamiento jurídico. Se constituyen en el núcleo

²¹ Cfr. *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, adoptada el 18 de diciembre de 1979, www.sre.gob.mx/derechoshumanos/docs/20.pdf

ético-social al cual deben atender las reglas que lo integran. En esa medida, el intérprete también encontrará en estos elementos teleológicos y axiológicos una fuente de argumentación eficaz.

Criterio prudencial. La virtud de la prudencia es la capacidad constante de encontrar el punto medio aristotélico, es decir, la *frónesis* que evita los extremos siempre irracionales y por tanto peligrosos.

En la esfera de los derechos humanos es conveniente interpretar prudencialmente, puesto que una visión radical de los mismos consistiría en la aplicación totalizadora de los mismos sin ponderar las diferencias que pudieran existir entre cada cultura; o bien, en la fragmentación de los derechos humanos, dejando a un lado el principio de universalidad. La búsqueda del equilibrio no es una labor simple, sobre todo cuando existe conflicto entre derechos individuales y derechos sociales.

Para filósofos como Mauricio Beuchot, el aspecto prudencial, entendido como analogía, puede aplicarse al “fomentar el comunitarismo de los derechos humanos, hacer que no sean tan individuales y se hagan más comunitarios, más relativos a los grupos, sin embargo no podríamos permitir el mal trato de las mujeres, por más que se pueda privilegiar la diferencia. Siempre hay límites (tal es la analogicidad: diferencia con límites). Se le puede dar un tinte diferente al trato de la mujer, en relación con otras culturas; pero con el límite de que no vaya contra la dignidad de la mujer.”²²

Criterio holístico. Se refiere a la relevancia de adoptar una visión integral y multidisciplinaria en el estudio y tratamiento de los derechos humanos en la familia. Esto implica el reconocimiento de los factores históricos, sociales, políticos y económicos que influyen en su existencia y eficacia. Tal como lo concibe la teoría del historicismo cultural, los derechos humanos son el resultado de un proceso de desarrollo social; y por lo tanto, del engranaje de luchas políticas

²² Beuchot, Mauricio, *Hermenéutica Analógica y Filosofía del Derecho*, México, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007, p.167.

de individuos, grupos y organizaciones no gubernamentales que, en cada momento histórico, y en un determinado sistema económico, fueron ganadas con satisfacción.

En el terreno jurídico-familiar, el tema de los derechos humanos amerita ser analizado desde distintos saberes como la historia, la psicología, la sociología y la antropología, cuyos dispositivos conceptuales permiten comprender más a fondo la complejidad de la célula doméstica en sus relaciones internas y externas, en medio de lo multicultural y lo globalizado.

Criterio dinámico. La idea de movimiento, desde Heráclito hasta el s.XXI, constituye un presupuesto indispensable para asimilar con sabiduría las lentas o vertiginosas transformaciones de todo fenómeno social y natural. Por ello, el discurso de los derechos humanos ha transitado y continúa transitando por un camino hasta ahora interminable y caracterizado por la consideración de más derechos y la ampliación progresiva de su titularidad a más sujetos. De haberseles reconocido solamente a la nobleza y al clero en documentos como la Carta Magna de 1215 en Inglaterra, hasta ir incorporando a los que fueron esclavos, a las mujeres y a los niños e incluso, al medio ambiente, en el contorno de los derechos de tercera generación específicos en atención a su objeto. De concebir, originalmente, derechos humanos como la vida y la libertad, hasta incluir el derecho a la intimidad, el derecho a la información, el derecho a la identidad y el derecho a una vida libre de violencia, entre otros.

En relación con la familia, también puede observarse dicha evolución. Es así que “los aportes más contemporáneos del derecho a la precisión de un concepto de familia son extremadamente relevantes, en especial en lo referido a una apertura progresiva a nuevas formas de constituir vida familiar. A pesar de ello, es importante no concluir que, a la hora de contar con un concepto jurídico de familia o vida familiar, el derecho sólo utilice una concepción funcional de ella. Como se ha visto, puede haber familia allí donde no hay

matrimonio o parentesco (consanguinidad) y en la medida en que se den los demás requisitos de intimidad, cuidado y estabilidad.”²³ La protección de los derechos humanos de las mujeres, los niños, los adultos mayores y los discapacitados también ha sido el fruto de la dinámica social. Por tal motivo, debemos estar abiertos al cambio con una visión prospectiva que nos conduzca a contemplar nuevos derechos humanos, siempre que estos sean razonables y congruentes con nuestra realidad.

III. CONCLUSIÓN

El reconocimiento de los derechos humanos en la familia ha sido el producto de la constante transformación del Derecho ante las nuevas realidades. La complejidad de su contenido nos conduce a reconocer sus especificidades y, en ese tenor, a ubicarlos en la segunda y tercera generaciones.

La familia, como célula social, es protegida por el Estado, a la vez que sus miembros poseen derechos muy concretos al interior de la misma. Esta doble textura se aprecia en el tratamiento jurídico que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y la parte dogmática de diversas Constituciones le proporcionan.

El estudio de este tema puede ser enriquecido a través de una perspectiva hermenéutica, es decir, interpretacional, para no únicamente explicarlos, sino comprender mejor sus características y tener en cuenta los distintos abordajes que pueden llevarse a cabo desde la axiología, el análisis de sus principios, la aplicación de la *frónesis* aristotélica y la adopción de una óptica consciente del contexto histórico, económico, político y social que incide en su naturaleza dinámica.

²³ Espejo Yaksic, Nicolás, “Capítulo I. La constitucionalización del Derecho Familiar”, en *La Constitucionalización del Derecho de Familia. Perspectivas comparadas*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019, p. 29.

IV. REFERENCIAS

1. BIBLIOGRAFÍA

- Beuchot Puente, Mauricio, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, México, Instituto de Investigaciones Filológicas, UNAM, 1997.
- , *Hermenéutica Analógica y Filosofía del Derecho*, México, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007.
- Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Núm.210, 2006.
- Cicu, Antonio, *El Derecho de Familia*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Argentina, Ediar Soc. Anón. Editores, 1947.
- Espejo Yaksic, Nicolás, “Capítulo I. La constitucionalización del Derecho Familiar”, en *La Constitucionalización del Derecho de Familia. Perspectivas comparadas*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.
- Gadamer, Hans-Georg, *Gadamer on Celan: “Who Am I and Who Are You?” And Other Essays*, trans. Richard Heinemann and Bruce Krajewski, Albany, USA, University of New York, 1997, p.161.
- Hierro L., Liborio, “El niño y los derechos humanos”, Fanlo, Isabel (comp.), *Derecho de los niños. Una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004.
- Lara Ponte, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 2002.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Los derechos humanos*, Colombia, Ed. Temis Librería, 1980.
- Orozco Henríquez José de Jesús y Meza Flores, Jorge H., “Artículo

- 4° párrafo primero”, en Cossío Díaz José Ramón (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Comentada*, México, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, t. I.
- Pérez-Luño, Enrique, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, España, Ed. Tecnos, 1984.
- Quintana Roldán, Carlos F., y Norma D. Sabido Peniche, *Derechos humanos*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 2001.
- Recaséns Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1961.
- Vigo, Rodolfo L., *El Iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, México, Fontamara, 2003.

2. HEMEROGRAFÍA

- Barroso Figueroa, José, “La autonomía del Derecho de Familia”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo XVII, Núm.68, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Octubre-Diciembre, 1967.

3. LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente*, en www.diputados.gob.mx
- Código Civil para el Distrito Federal vigente*, en www.diputados.gob.mx
- “Decreto que reforma y adiciona los artículos 4º, 5º, 3º y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la igualdad jurídica de la mujer”, *Diario Oficial*, Tomo CCCXXVII, No. 41, México, martes 31 de diciembre de 1974.

4. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Convención de la Haya sobre protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional, adoptada el 29 de mayo de 1993, portal2.sre.gob.mx/dgpac/images/pdf/MarcoJuridico/con_haya_protmen.pdf

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979, www.sre.gob.mx/derechoshumanos/docs/20.pdf

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989, www.unicef.org/spanish/crc/

Las Directrices de Riad, adoptadas el 14 de diciembre de 1990, www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2003.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966, www.derechos.org/nizkor/ley/pdcp.html

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966, www.derechos.org/nizkor/ley/pdec.html

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Protocolo de San Salvador”, adoptado el 17 de noviembre de 1988, www.derechos.org/ve/instrumentos/desc/desc_03.pdf

DERECHOS HUMANOS EN GRUPOS VULNERABLES: DERECHOS DE LA NIÑEZ

Adolfo Eduardo Cuitláhuac Montoya López¹

I. INTRODUCCIÓN

El respeto a los derechos humanos es quizá uno de los temas que en la actualidad tienen mayor importancia, toda vez que es recurrente que la generalidad de las personas y en concreto los operadores encargados de la impartición de justicia, ni siquiera comprenden qué son ni cómo se protegen los mismos.

En tal sentido y a raíz de la reforma de nuestra Constitución el 10 de junio del 2011, es que se ha hecho fundamental el enfocar cualquier resolución a los derechos humanos, tratando de proteger a los grupos más vulnerables atacando los contextos de desigualdad en cualquier sentido que han imperado en nuestro país.

No es nuevo que la desigualdad en todo el mundo se ha incrementado a raíz de las diversas diferencias socioeconómicas, culturales o ideológicas y que muchas veces con independencia de dicho concepto, hay grupos que históricamente se han visto vulnerados de manera constante como lo son los integrados por marginados, personas en pobreza, las mujeres, los inmigrantes, personas de orientación sexual diversa y los niños entre otros.

Así, una de las cuestiones que más atención merece, es la que refiere a los operadores encargados de la impartición de justicia y el papel que juegan en los procesos en los cuales intervienen niños, ya que es constante que dichos procesos jurisdiccionales cada vez son más largos y complejos, por lo que la falta de empatía, comprensión

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, actualmente es Profesor de tiempo completo titular “B”, tanto en la licenciatura como en el Posgrado de la Facultad de Derecho. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3667-7876>.

e indiferencia de los jueces y operadores encargados en general, hacen que los derechos de los menores frecuentemente se encuentren vulnerados por los excesivos trámites jurisdiccionales.

Es por ello, que se considera necesaria la comprensión de lo que son los Derechos Humanos y su estrecha relación con la desigualdad social, sus consecuencias sociales y su enfoque particular en el tema en cuestión, estableciendo mecanismos y protocolos necesarios para una efectiva impartición de justicia buscando proteger a los niños, hecho que invariablemente impactará en una mejor convivencia familiar y con ello social.

Lo anterior, tiene su principal sustento en el razonamiento de que un buen sistema de justicia es un pilar social y si la familia es el núcleo de una buena sociedad resulta claro que en la medida que los niños alcancen un mayor desarrollo personal, forzosamente tendrán una mejor adaptación social y lograrán mejores criterios de oportunidad, igualdad, equidad y sobre todo alcanzarán una mejora integral, buscando con ello un mejor equilibrio social en donde todas las partes inherentes al Estado podrán alcanzar los aspectos de plenitud y satisfacción necesarios para el libre desarrollo de la personalidad y de su identidad.

II. LA VULNERABILIDAD EN MÉXICO Y SU DISTINCIÓN CON LA POBREZA Y LA MARGINACIÓN

Uno de los aspectos que más afecta a la población en desventaja es la llamada vulnerabilidad, la cual va de la mano con la discriminación y que muchas veces se le relaciona con conceptos como el de pobreza y la marginación, mismos que se manejan como elementos característicos en los grupos que constantemente se ven lastimados socialmente hablando, por lo cual, resulta preciso, entender en que consisten cada uno de ellos y sus diferencias sustanciales y sólo analizando sus elementos es que se logrará una mejor comprensión cuando se interpretan bajo una óptica de derechos humanos.

En tal sentido, según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, por “vulnerable” debemos de entender:

Del latín *vulnerabilis*.

1. adj. Que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente.²

Por la palabra “pobreza”, las cual nos remite a “pobre” según la misma Real Academia Española de la Lengua se debe entender:

Del latín *pauper, ēris*.

1. adj. Necesitado, que no tiene lo necesario para vivir. U. t. c. s.
2. adj. Escaso, insuficiente.
3. adj. Humilde, de poco valor o entidad.
4. adj. Infeliz, desdichado y triste.
5. adj. Pacífico, quieto y de buen genio e intención.
6. adj. Corto de ánimo y espíritu.
7. m. y f. mendigo.³

Del mismo modo, por “marginado(a)” se debe entender:

1. adj. Dicho de una persona o de un grupo: No integrado en la sociedad. U. t. c. s.
2. adj. Bot. Que tiene reborde.⁴

De lo ya referido, resulta claro que los conceptos ya señalados si bien es cierto refieren características diversas, todos tienen algo en común cuando se le relaciona con grupos específicos, y es que sus integrantes se encuentran desprotegidos y pueden ser lastimados de alguna forma en virtud que no se encuentran dentro de un círculo de protección determinado. De esta forma, es evidente que los llamados grupos vulnerables necesitan una mayor protección que

² Real Academia Española de la Lengua, *Diccionario de la Lengua Española*; Barcelona, España; 2020. Disponible en su versión en línea en el link: vulnerable | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE, consultado el 28 de junio del 2021.

³ *Idem*.

⁴ *Ibidem*.

los grupos que no se encuentran expuestos y en estas condiciones, hecho por el cual, nuestro Estado, ha tratado de regularlos de manera más amplia y eficaz, a fin de evitar la llamada discriminación de dichos grupos, palabra por la cual debemos entender:

Del lat. Discrimināre

1. tr. Seleccionar excluyendo por motivos religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental, etc.⁵

En este tenor y a raíz de la ya referida reforma Constitucional de Derechos humanos publicada el día 10 de junio del año 2011 es que se ha tratado de poner especial atención en su protección.

En tal sentido es que tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en la leyes federales y locales se han promulgado diversas normas para que los diferentes grupos en estado de vulnerabilidad, puedan tener mayor protección en los distintos niveles, evitando con ello la discriminación, por lo cual y orientado al presente trabajo es que nos enfocaremos al grupo vulnerable de la niñez.

Así las cosas, en primer término, nos referiremos a nuestra Carta Magna, la cual es la primera en proteger la referida discriminación estando en el mismo sentido de la Convención de los Derechos del Niño.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.

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

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de

⁵ *Ibidem.*

⁶ Dicha Convención fue firmada el 20 de noviembre de 1989 y México forma parte desde el 25 de enero de 1991.

*promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. 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.*⁷

Si bien es cierto que la no discriminación se encuentra estipulada en el referido artículo 1º Constitucional, también es de precisarse que dicho concepto va íntimamente relacionado con el respecto a la dignidad de la personas, por lo que todo Estado debe velar por su respeto, más aún en aspectos de protección a la familia y a la niñez, por lo cual, el ordenamiento citado, no es el único que lo refiere, ya que además de la ya citada convención de los Derechos del niño, existen otras normatividades como lo son La Convención Americana sobre los Derechos Humanos y la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, quienes tienen articulados específicos para la búsqueda de protección de este grupo vulnerable como son los niños, niñas y adolescentes.

Así las cosas, y tomando en consideración lo antes citado, se puede apreciar que sí existen normatividades y convenios específicos que tratan de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes para que éstos no sean un grupo vulnerable, sin embargo, el principal problema al respecto, va mucho más allá, ya que muchas veces, la problemática no consiste simplemente en la aplicación de una norma o un convenio internacional, sino que va más allá de

⁷ Cámara de Diputados, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2021. Disponible en su versión en línea en el link: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (diputados.gob.mx), consultado el día 28 de junio de 2021.

ello, se traslada a cuestiones de entendimientos sociales, culturales, ideológicas o simplemente prácticas como lo pueden ser conceptual o práctica como en el caso del acceso a la justicia en cada una de sus gamas y que a continuación explicaremos como derecho humano.

III. LA DESIGUALDAD Y SU RELACIÓN CON EL ACCESO A LA JUSTICIA

El hablar de la desigualdad social es hablar de la historia misma de la humanidad en donde siempre han existido grupos privilegiados que han tenidos mayores beneficios sobre otros que se han visto desprotegidos, y si bien es cierto igualmente han sido innumerables los intentos para lograr una igualdad social, también lo es, que no se ha encontrado la forma de hacerla efectiva, sin embargo, lo que ha sido claro es que todo intento siempre debe de sustentarse en el respeto a los derechos del individuo, tanto en lo personal, como en su relación con el Estado y su participación en las diversas formas de gobierno y con la sociedad en general.

En este orden de ideas, los individuos han tratado de buscar mediante diversas vías el equipararse en derechos y oportunidades, sin embargo, en los últimos años la desigualdad ha sido cada vez mas diferenciada en todas las regiones del mundo,⁸ siendo justamente el acceso a la justicia un tema fundamental que ha fomentado las diferencias sociales, por lo que incluso se han intentado diversas formas de gobiernos para lograr una mayor igualdad, destacando que en dicho sentido, es el régimen democrático el que históricamente más aceptación ha tenido hasta la fecha, ya que mediante el mismo se ha buscado minimizar la desigualdad socioeconómica sin que por

⁸ Sepúlveda, Magdalena, “*El acceso a la justicia en tiempos de desigualdad y pobreza*”, Independent Commission for the Reform of International Corporate Taxation, Noviembre 14, 2018. Disponible en: <https://www.icriict.com/icriict-in-the-news/2018/11/14/el-acceso-a-la-justicia-en-tiempos-de-desigualdad-y-pobreza#:~:text=La%20falta%20de%20acceso%20a,la%20pobreza%20y%20sus%20causas>.

ello debemos entender que la misma haya desaparecido, ya que resulta claro que ha sido algo inherente a la evolución misma del ser humano en donde la desigualdad socioeconómica igualmente siempre ha existido.⁹

De esta forma y en lo que se refiere a nuestro país, podemos afirmar que si bien es cierto que nuestra propia Constitución nos refiere que somos un país democrático también lo es que existen diversos tratadistas que afirman que no lo somos;¹⁰ toda vez que existe un gran margen de factores de desigualdad social y económica en diversos grupos sociales tradicionalmente discriminados y que se han visto limitados en el ejercicio de sus derechos, tal y como se trata justamente del acceso a la justicia pronta, expedita y gratuita para todos, ya que es bien conocido que las clases altas tienen mayores probabilidades de solventar sus conflictos cuando llegan a tribunales en relación con las más desprotegidos económicamente hablando, lo que conlleva que igualmente existan grupos específicos que recurrentemente ven vulnerados sus derechos y en muchos casos sus derechos humanos son ignorados.

Así y dado que la impartición de justicia es el propio Estado, es fundamental en todo momento revisar los principios rectores de un servicio público y a su vez relacionarlos con el funcionamiento del sistema de administración de justicia y así poder determinar los diferentes factores que puedan explicar el mayor o menor grado de acceso a la justicia y los medios judiciales y extrajudiciales para lograr superar las problemáticas que se han manifestado anteriormente.¹¹

⁹ Véase Oxhorn, Philip, “*Desigualdad social, Sociedad Civil y los límites de la ciudadanía en América Latina, Economía, Sociedad y Territorio*”, vol. III, núm. 9, 2001, pág. 155. Disponible en: <https://redpobreza.org.mx/index.php/est/article/view/368/371>.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, “*Derechos y garantías: La ley del más débil*”, Editorial Trotta, España, 2016, pág. 59.

¹¹ Méndez, Juan. “*El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos.*” Acceso a la justicia y la equidad: estudio en siete países de América Latina. Costa Rica, Banco Interamericano de Desarrollo/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, pág. 17. Disponible en: <https://dlwqtxts1xzle7.cloudfront>.

Es justamente en lo ya referido por lo cual se ha venido desarrollado la tercera generación de derechos humanos, mismos que llevan el nombre de derechos económicos, culturales, sociales y ambientales, los cuales tienen como objetivo proteger intereses difusos de la sociedad lo que significa que no sólo una persona es titular de ellos y quien debe hacerlos valer, sino que el Estado debe de respetarlos a toda costa, en referencia a lo anterior, la faceta de derechos económicos y sociales tienen la finalidad de disminuir esas brechas de desigualdad social, para que todas las personas puedan ejercer efectivamente todos sus derechos por el simple hecho de ser personas, siendo justamente en este supuesto en el que se ha implementado desde el año 2011 la reforma de los Derechos Humanos en nuestro país.

En ese sentido, el concepto de Estado democrático y constitucional de Derecho, así como la reforma al artículo 1º de nuestra Carta Magna ya citado, imponen al Estado una serie de obligaciones tanto de carácter positivo como negativo,¹² que tienen como objetivo generar un desarrollo progresivo de los derechos humanos de tercera generación, los cuales a partir del principio de interdependencia, provocaron un impacto positivo en los derechos de primera generación como lo es el acceso a la justicia o la prohibición

net/6286684/acceso_a_la_justicia_juan_mendez.pdf?response-content-disposition=inline%3B+filename%3DEl_Acceso_a_la_Justicia_un_enfoque_desde.pdf&Expires=1618427292&Signature=PuSm7UZQMHAjR9P5add3QbcBgefGHimtXl7G~pkDXwzJEauWvLCf5zxEFnPBjcr9wAzJYvzYjARTrgoF4ZZs1Z-7yoBZK2-xVMcC2P75M6ZVBdN5nNlLeq4kZT4aHSuX7u~Q22gAfH2EnTYOCWr5azCeXpplnw6Yw537~N6bwYxCJQ~ma9bE22QugHunwTGiPll-R7uFU2shdmzUFMbmELvCZ8CGEa7hfJcAeI45Gw53rNvEbaYjQFFOCXfh-VHyIHA-Nd6AjX2QZ6Ez0AfqZV4vhlZKtfiTmwCbMvYMJHfhYUvLh-QK~b3oprWwE10OsXyzBtQuz~liOQpzdFs6a7UFg__&Key-Pair-Id=APKA-JLOHF5GGSLRBV4ZA

¹² Quintana Osuna, Karla, “*Los retos del control de convencionalidad*”, Biblioteca de Derecho Procesal, Editorial Porrúa, 2019, México, pág.15

de la autotutela, recordando que el valor fundamental de éstos es la dignidad, que se traduce en el reconocimiento de todos los seres humanos como personas de derecho.

Para referirnos a la desigualdad socio-económica, debemos tomar en cuenta que no sólo podemos centrarnos en el factor principal de exclusión social que de manera directa interviene en los ámbitos económico, social y cultural, ya que no sólo es la única concepción de dicho término toda vez que la desigualdad también se encuentra determinada por la falta de oportunidades y la imposibilidad de ejercer ciertos derechos y oportunidades, circunstancias que se ven influenciadas al momento de la toma de decisiones sobre asuntos que impactan de manera directa en la calidad de vida de los individuos.

En tal sentido, el acceso a la justicia en igualdad de condiciones es uno de los principales derechos vulnerados en países en donde exista la desigualdad socio-económica, por lo cual, resulta preocupante señalar que aquellas personas que se encuentran en situación de pobreza no cuentan ni con medios económicos ni con conocimientos básicos para hacer valer sus derechos a través de las instancias encargadas de impartir justicia, lo cual trae como consecuencia, en muchas ocasiones, que éstas no puedan acceder a la justicia y, en otros tantos, en no poder hacer valer el derecho de acceso a la misma.

De esta forma, en palabras de Gustavo Galván, “el reconocimiento del derecho a la igualdad ante la ley, como derecho de la persona, es sólo un punto de partida en el problema del acceso a la administración de justicia, pues debe conciliarse con un efectivo reconocimiento de los derechos en la realidad. En tal sentido, la no existencia de diferencias a nivel formal en cuanto a la legislación no significa que no existan diferencias en la práctica al momento de aplicar la ley.”¹³

¹³ Galván Pareja, Gustavo y Álvarez Pérez Víctor, *“Pobreza y Administración de Justi-*

Así las cosas, aún y cuando la ley sea general y de aplicación universal, el servicio de administración de justicia tiene un problema grave, ya que las posibilidades de acceso a la justicia serán distintas dependiendo del contexto de cada individuo, por lo tanto, resulta de poca utilidad que el Estado reconozca de manera formal un derecho si el titular o titulares del mismo no pueden acceder de manera efectiva al sistema de justicia en cualquiera de sus ámbitos para ejercer cualquier derecho que se encuentre reconocido en las leyes.

Ahora bien, al hablar de desigualdad socio-económica debemos tomar en cuenta que no sólo se trata de la pobreza como una causa de vulnerabilidad en el acceso a la justicia, ya que como se ha referido anteriormente, existen diversas condiciones que limitan su pleno acceso y ejercicio, como ocurre en el caso de las personas indígenas, las pertenecientes al colectivo LGBTIQ+, con capacidades diferentes, las mujeres, lo migrantes y el grupo objeto del presente trabajo como son los niños entre otros, lo cual resulta ser una situación grave, ya que el acceso a la justicia constituye un derecho fundamental que tienen las personas para que todos los derechos que se encuentren reconocidos, tanto en los instrumentos internacionales como en las normas nacionales, sean tutelados por medio de los diferentes sistemas judiciales, extrajudiciales o administrativos, que deben tener como principal eje que cualquier persona titular de un derecho pueda acceder a ellos de manera efectiva, ágil y oportuna.

En este sentido, el principio de igualdad ante la ley, juega un papel importante dentro del acceso a la justicia y su correcta interpretación, toda vez que parte del principio básico de la igualdad de las personas y la prohibición de la discriminación, en consecuencia, la igualdad debe entenderse como la inexistencia de distinción entre los individuos para el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.

cia”, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, no. 15, pág. 104, año V. Disponible en su versión en línea en el link: [pobreza_justicia.pdf](#) (unmsm.edu.pe), consultado el 30 de junio de 2021.

El anterior razonamiento si bien es cierto y como se refirió se encuentra contemplado en nuestra Carta Magna en sus primeros artículos, también se debe ponderar en aspectos básicos como lo son la educación, libertad, dignidad, salud, acceso a la justicia, entre otros, por lo cual, resulta claro que es obligación del Estado el velar porque dichos derechos sean respetados en igualdad de condiciones para todos y cada uno de los ciudadanos mexicanos sin distingo alguno en cuanto a su condición socio-económica, raza, religión, sexo, por señalar sólo algunos aspectos que día a día son vulnerados.

Desde esta perspectiva, el acceso a la justicia resulta ser un “medio para exigir el goce o restablecimiento de otros derechos”¹⁴, por lo cual, se extiende a lo largo de todo proceso judicial y hasta la ejecución de la sentencia. Lo anterior implica que el principio de igualdad y las condiciones de accesibilidad y efectividad deben darse no sólo al inicio sino también a lo largo de todo el proceso para su resolución y su debida cumplimentación, por lo que la inexistencia de medios idóneos para el acceso a la justicia priva a las personas de ejercer sus derechos de manera eficaz, pronta y expedita, lo que conlleva irreductiblemente a la vulneración del efectivo ejercicio del mismo.

Por lo tanto, el término "acceso a la justicia" resulta ser “un derecho en sí mismo y, a la vez, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o quebrantados”¹⁵ lo cual nos permite entender que una de sus particularidades es la vinculación que tiene con el conjunto de derechos, principalmente con el derecho al debido proceso y al derecho a la igualdad entre otros.

¹⁴ Despouy, Leandro, “*Acceso a la Justicia: Impacto de la Pobreza Sobre los Derechos Humanos*”, Corte Interamericana de Derechos Humano, Buenos Aires, 2008, pág. 115. Disponible en: <https://corteidh.or.cr/tablas/r29272.pdf>

¹⁵ *Ídem.*

De acuerdo a lo antes mencionado, resulta claro que el Estado debe contribuir y brindarle todos los elementos necesarios a los operadores del sistema de justicia para que asuman la función correspondiente que les ha sido otorgada, preocupándose en todo momento por la vigencia de las libertades y garantías fundamentales, así como del mejoramiento de acceso a la justicia para aquellos sectores que se encuentren menos favorecidos en la estructura social, teniendo en consideración que son aquellos que cuentan con dificultades para la defensa de sus intereses, para lo cual siempre deberán existir principios que delimiten la función de la impartición de la justicia ya referida.

IV. GRUPOS VULNERABLES: NIÑEZ

Uno de los grupos vulnerables por excelencia es el relacionado a los niños, niñas y adolescentes, en donde la protección al llamado interés superior del menor es el que ha permeado de manera recurrente todas y cada una de las sentencias judiciales en nuestro país, sin que en muchos casos, los operadores jurídicos entiendan a que se refiere el mismo, hecho por el cual incluso nuestro máximo Tribunal ha tenido que emitir diversas jurisprudencias para además explicar dicho concepto y sobre todo, fijar los lineamientos para ejercer los Derechos Humanos de los menores en las resoluciones judiciales.

De esta forma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que el llamado interés superior del menor constituye un elemento hermenéutico de primer orden para delimitar el contenido y alcance de los derechos humanos de los menores y los coloca como sujetos prevalentes de derechos, por lo cual se debe de considerar la especial situación en que se encuentran ciertos derechos humanos cuando el titular es un menor, atendiendo a que el derecho básico de los menores de edad es el de ser atendidos con pleno respeto a sus derechos fundamentales. De esta forma los menores deben ser los destinatarios de un trato preferente, por su carácter jurídico de

sujeto de especial protección, lo que implica que son titulares de un conjunto de derechos que deben valorarse de acuerdo con sus circunstancias específicas. De ahí que el interés superior del menor constituye un principio rector de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionados con menores.¹⁶

En este mismo sentido, en palabras de la misma Corte, es el Estado quien tiene la obligación primordial de respetar los Derechos Humanos cuando intervienen en sus procedimientos menores, para lo cual y siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la misma materia se han emitido una serie de cuestiones a considerar como son:

- (I) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades;*
- (II) asegurar, especialmente en los casos en que hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, que su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado; y,*
- (III) procurar que no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, su revictimización o un impacto traumático.¹⁷*

De lo antes citado es evidente que, además de que es obligación del Estado, los órganos jurisdiccionales cuando intervienen menores deben de buscar la manera de protegerlos basándose siempre en el llamado interés superior del menor, sin embargo, al menos en un primer momento surge la duda a que se refiere dicho concepto, hecho que ha sido objeto de debate tanto a nivel nacional como internacional y que es uno de los puntos medulares del presente,

¹⁶ Tesis: 1a. LXXXII/2015, *Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. Libro 15, febrero de 2015; Tomo II; Pág. 1398.

¹⁷ Tesis: P. XXV/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época; Pleno; Libro 22, Septiembre de 2015; Tomo I ; Pág. 236.

ya que si dicho concepto no es comprendido en su totalidad, cómo es que los encargados de aplicar el Derecho van a respetarlo protegiendo los Derechos Humanos del menor.

Así y derivado de los diversos conceptos que se manejaban en relación del multicitado interés superior del menor, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, emitió en fecha 29 de mayo del 2013, la Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea considerado una consideración primordial, explicando y detallando el artículo 3° , párrafo primero, de la Convención sobre los Derechos del Niño en relación a lo que contempla el interés superior del menor y sus requisitos, los cuales deben de ser tomados en consideración en cualquier decisión administrativa, judicial o de cualquier tipo que afecte a un menor, contemplándose en ellas las aprobaciones de leyes, programas, planes, políticas públicas y cualquier supuesto en donde pudiera estar contemplado un menor.¹⁸

De esta forma, la observación general citada, igualmente dio margen a que con tales pautas, nuestros Tribunales Colegiados emitieran diversas jurisprudencias delimitando el concepto de interés superior del menor y por el cual se debía entender el catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y so-

¹⁸ Véase la Convención sobre los Derechos del Niño, disponible en el link CDN (un.org) y la Observación General No 14 sobre el Derecho del Niño a que su interés superior sea considerado una consideración primordial, disponible en el link: [Re: fworld | Observación general N° 14 \(2013\) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial \(artículo 3, párrafo 1\)](#), ambos consultados el 29 de junio de 2021.

cial posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social.¹⁹

En tal sentido y con los lineamientos descritos es que se buscaba la protección de los Derechos Humanos en los niños como grupos vulnerables, ponderando siempre al menor de manera primordial, interpretando siempre la norma a su favor buscando las menores repercusiones en su contra, hecho que por un lado nos ha llevado a un aspecto que en algunas ocasiones se puede pensar que puede estar incluso por encima de la propia norma, lo que no implica el respeto de sus Derechos Humanos, sino una interpretación errónea y subjetiva.

V. CONCLUSIONES

Uno de los mayores retos en la actualidad para cualquier Estado debe ser el buscar una igualdad socio-económica, más aún en aquellos procesos en donde se encuentren inmersos grupos vulnerables como lo son los niños, niñas y adolescentes.

De esta forma, uno de los principales problemas consiste justamente en el hecho que los propios operadores jurídicos carecen muchas veces de una preparación adecuada y en otros casos de actualización en temas que debe ser necesarios para su actuar, por lo que no es suficiente el hecho que existan reformas vanguardistas, políticas públicas y diversas normas e instituciones en relación con la protección de grupos vulnerables, como es el caso particular con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya que se deben de ver cuestiones mucho más de fondo como lo son el hecho práctico de acceso a la justicia de manera eficaz en donde los operadores y aplicadores jurídicos se preparen día a día, que estudien, que se

¹⁹ Tesis: I.5o.C. J/16, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, Marzo de 2011, Novena Época, página 2188, Registro:162561.

actualicen y que existan criterios uniformes en el cómo se debe de actuar cuando en un proceso ya sea jurisdiccional o no, se encuentre envuelto un niño(a), debiendo respetar siempre el interés superior del menor, entendiendo su concepto, sus limitantes y relacionarlo con otros principios como lo es su derecho a la no discriminación, su derecho a la vida, a la supervivencia, a la salud, a la educación, a la identidad, al libre desarrollo de su personalidad, al ser escuchado, al mantenimiento de su verdad social, en su entorno familiar entre otros, por lo cual sólo así, es que realmente podremos decir que tomando en cuenta lo ya referido es que se han respetado sus Derechos Humanos y se ha buscado proteger a este grupo vulnerado históricamente hablando.

Así, en la medida en que exista una justicia uniforme, homogénea y eficaz, cuando existan menores y se les respeten sus Derechos humanos, es que éstos lograrán una mayor identidad con su entorno, su familia y por ende con el Estado, logrando con ello una mejor armonía social en todos y cada uno de sus ámbitos.

V. REFERENCIAS

- Despouy, Leandro, *“Acceso a la Justicia: Impacto de la Pobreza Sobre los Derechos Humanos”*, Corte Interamericana de Derechos Humano, Buenos Aires, 2008. Disponible en: <https://corteidh.or.cr/tablas/r29272.pdf>.
- Ferrajoli, Luigi, *“Derechos y garantías: La ley del más débil”*, Editorial Trotta, España, 2016.
- Galván Pareja, Gustavo y Álvarez Pérez Víctor, *“Pobreza y Administración de Justicia”*, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, año V, no. 15. Disponible en: pobreza_justicia.pdf (unmsm.edu.pe)

Méndez, Juan. “*El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos.*” Acceso a la justicia y la equidad: estudio en siete países de América Latina. Costa Rica, Banco Interamericano de Desarrollo/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000. Disponible en: https://dlwqtxtslxzle7.cloudfront.net/6286684/acceso_a_la_justicia_juan_mendez.pdf?response-content-disposition=inline%3B+filename%3DEl_Acceso_a_la_Justicia_un_enfoque_desde.pdf&Expires=1618427292&Signature=PuSm7UZQMHAjR-9P5add3QbcBgefGHimtXl7G~pkDXwzJEauWvLCf5zxE-FnPBjcr9wAzJYvzYjARTrgoF4ZZs1Z7yoBZK2-xVMc-C2P75M6ZVBdN5nNlLeq4kZT4aHSuX7u~Q22gAfH2EnTYOCWr5azCeXpplnw6Yw537~N6bwYx-CJQ~ma9bE22QugHunwTGiPlIR7uFU2shdmzUFMbmrELvCZ8CGEa7hfJcAeI45Gw53rNvEbaYjQFfOCXfh-VHyIHA-Nd6AjX2QZ6Ez0AfqZV4vhlZKtftmWcbM-vYMJHfhYUvlhQK~b3oprWwE10OsXyzBtQuz~liOQpzd-Fs6a7UFg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA.

Oxhorn, Philip, “*Desigualdad social, Sociedad Civil y los límites de la ciudadanía en América Latina, Economía, Sociedad y Territorio*”, vol. III, núm. 9, 2001. Disponible en: <https://redpobreza.org.mx/index.php/est/article/view/368/371>.

Quintana Osuna, Karla, “*Los retos del control de convencionalidad*”, Biblioteca de Derecho Procesal, Editorial Porrúa, 2019, México.

Real Academia Española de la Lengua, *Diccionario de la Lengua Española*; Barcelona, España; 2020. Disponible en su versión en línea en el link: vulnerable | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE.

Sepúlveda, Magdalena, “*El acceso a la justicia en tiempos de desigualdad y pobreza*”, Independent Commission for the Reform of International Corporate Taxation, Noviembre 14, 2018. Disponible

en: <https://www.icriict.com/icriict-in-the-news/2018/11/14/el-acceso-a-la-justicia-en-tiempos-de-desigualdad-y-pobreza#:~:text=La%20falta%20de%20acceso%20a,la%20pobreza%20y%20sus%20causas.>

1. LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en su versión en línea en el link: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (diputados.gob.mx).

2. CONVENCIONES INTERNACIONALES

Convención sobre los Derechos del Niño, disponible en su versión en línea en el link CDN (un.org)

Observación General No 14 sobre el Derecho del Niño a que su interés superior sea considerado una consideración primordial, disponible en el link: Refworld | Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)

3. TESIS JURISPRUDENCIALES.

Tesis: I.5o.C. J/16, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXXIII, Marzo de 2011, Novena Época, página 2188, Registro:162561.

Tesis: 1a. LXXXII/2015, *Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. Libro 15, Febrero de 2015; Tomo II; Pág. 1398.

Tesis: P. XXV/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época; Pleno; Libro 22, Septiembre de 2015; Tomo I ; Pág. 236.

MUJERES Y FEMINISMO: UN ANÁLISIS HISTÓRICO-JURÍDICO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Libia Y. Contreras Yttesen¹

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda, en las últimas décadas han progresado y proliferado los estudios sobre género, los cuales incluyen los abordajes lésbico-gay o LGBTTI, las teorizaciones sobre hombres y masculinidades, los estudios *queer* y, por supuesto, las distintas vertientes del feminismo. De hecho, esta diversidad de análisis tiene como matriz cultural al feminismo, ya que, a través de la problemática que planteaban algunas autoras a mediados del siglo XX, se inauguró una nueva forma de reflexionar sobre las relaciones sociales tomando en cuenta la distinción entre sexo y género. El denominado enfoque con perspectiva de género fue retomado primero en el ámbito académico y, posteriormente, éste ha sido implementado por diversas instituciones jurídico-políticas a nivel nacional e internacional.

Este trabajo se centrará en un análisis con perspectiva de género que permita discutir ciertos presupuestos sobre los métodos historiográficos en los que ha impactado esta perspectiva respecto a cómo interpretar los hechos del pasado a la luz de las contribuciones del feminismo académico. En este sentido, los hallazgos sobre el estudio de la historia y el Derecho en el contexto europeo nos invitan a reflexionar sobre la relación entre el feminismo y el Derecho en México puesto que, utilizando un enfoque con perspectiva de género, es posible visibilizar las aportaciones y la participación de las mujeres en ciertos contextos en los que antes parecían inexistentes: uno de ellos es el periodo de transición del Virreinato al México independiente (1810-1821). Por ende, este artículo de investigación

¹ Doctoranda y Maestra en Derecho en el área de Género y Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México. Contacto: <libia.contrerasy@derecho.unam.mx>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1066-8613>

se fundamenta en una metodología con perspectiva de género que busca vincular el análisis historiográfico con el discurso jurídico por medio de un estudio crítico e interdisciplinario.

Analizar la historia del Derecho implica estudiar la evolución de las instituciones jurídicas, es decir, se ahonda en los textos jurídicos que dan cuenta de la forma en la que han sido plasmados los derechos políticos de las mujeres en Europa y México. No obstante, en la parte final del texto nos preguntamos sobre la posibilidad de que se hubieran gestado ideas feministas durante la transición del periodo novohispano al México independiente tal y como se ha documentado que sucedió en otras latitudes europeas a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX. La importancia de esta reflexión final radica en que la participación de las mujeres en la historia universal y, particularmente, en la lucha independentista en nuestro país ha sido un tema muy poco explorado que está sujeto a nuevas interpretaciones: ¿existieron mujeres feministas o se gestaron ideas feministas durante este periodo? ¿puede sostenerse la presencia de una lucha por parte de las mujeres novohispanas en aras de exigir el reconocimiento de sus derechos políticos?

II. METODOLOGÍA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA HISTORIOGRAFÍA

En el último tercio del siglo XX puede ubicarse lo que ciertas autoras han denominado como ‘feminismo académico’,² el cual representa el momento en el que se examinan con mayor ahínco distinciones conceptuales como la dicotomía sexo-género. Este análisis tuvo como resultado una reconfiguración del concepto «género»

² Véase: Serret, Estela y Méndez Mercado, Jessica, *Sexo, género y feminismo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.

que ha sido importante debido a que empuja un cambio epistémico y metodológico para muchos campos de conocimientos, incluidos el ámbito jurídico y el historiográfico.

Los estudios de la filósofa francesa Simone de Beauvoir, ya que se consideran como los antecedentes sobre la temática de género ya que fue ella quien inauguró la forma moderna de comprender la problemática femenina que puede constatararse en su obra *El segundo sexo* de 1949.³ Sus reflexiones en este texto hacen referencia a que las condiciones de vida de las mujeres son productos sociales e históricos y no sólo expresiones de una supuesta naturaleza femenina, en otras palabras, se alude a la distinción entre lo que se deriva de la biología y lo que se construye desde lo social. Sin embargo, el término «género» [*gender*] en su sentido nominal surge propiamente a mediados del siglo XX en el discurso clínico con las investigaciones de los médicos John Money y Robert Stoller, quienes introducen los conceptos de ‘rol de género’ [*gender role*] e ‘identidad genérica’ [*gender identity*] respectivamente.⁴

A partir de la década de 1970 el feminismo anglosajón comienza a incorporar al lenguaje académico el concepto «género» oponiéndolo al de «sexo». Las estudiosas de esa época se preguntaban por qué las diferencias biológicas entre hombres y mujeres se han interpretado culturalmente como desigualdades.⁵ De este modo, el concepto género se va configurando como un instrumento, una metodología y una categoría de análisis para explicar y describir las relaciones de poder entre hombres y mujeres que ha sido denominado como «perspectiva de género» y ha servido para mostrar cómo a

³ Beauvoir, Simone, *El segundo sexo*, trad. de Pablo Palant, Buenos Aires, Siglo XX Editorial, 1977.

⁴ Véase: Haraway, Donna, *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*, Madrid, Ed. Feminismos, 1991, p. 225 y Lamas, Marta, “Género”, en Moreno, Hortensia y Eva Alcántara (coords.), *Conceptos clave en los estudios de género*, vol. I, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2016, p. 158.

⁵ Serret, Estela y Méndez Mercado, Jessica, *op. cit.*, p. 10.

través de la circunstancia biológica del sexo de la persona, socialmente se atribuyen características y roles sociales que configuran un esquema social jerárquico en el que, regularmente, se inferioriza a las mujeres por su condición biológica.⁶

En consecuencia, paulatinamente comenzó a usarse la noción y la categoría género en diversos campos académicos con la finalidad de develar prácticas, sistemas e instituciones sociales en los que subsisten naturalizaciones y formas de dominación/subordinación que justifican culturalmente la discriminación de las mujeres.⁷ En el ámbito historiográfico destacan los abordajes de la historiadora estadounidense Joan Scott, quien en uno de sus conocidos textos “El género: una categoría útil para el análisis histórico” (1986) se pregunta sobre la posibilidad de usar la noción de género como categoría analítica en aras de cimentar una nueva historia que incluyera y diera cuenta de la experiencia de las mujeres.

‘Nos damos cuenta -escribieron tres historiadoras feministas- de que la inclusión de las mujeres en la historia implica necesariamente la redefinición y ampliación de nociones tradicionales del significado histórico, de modo que abarque la experiencia personal y subjetiva lo mismo que las actividades públicas y políticas’ (Gordon, Buhle & Dye, 1976). La forma en que esta nueva historia debería incluir y dar cuenta de la experiencia de las mujeres depende de la amplitud con que pudiera desarrollarse el género como categoría de análisis.⁸

⁶ Saldarriaga Grisales, Dora Cecilia y Gómez Vélez, Martha Isabel, “Teorías feministas, abolicionismo y decolonialidad: teorías críticas que cuestionan la efectividad de los derechos de las mujeres”, *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, vol. 21, núm. 41, 2018, p. 46.

⁷ Conway, Jill K. *et al.*, “El concepto de género”, en Lamas, Marta (comp.), *El género: La construcción cultural de la diferencia sexual*, 2da Edición, México, UNAM, Bonilla Artigas Editores, 2015, p. 32.

⁸ Scott, Joan, “El género: una categoría útil para el análisis histórico”, en Lamas, Marta (comp.), *El género: La construcción cultural de la diferencia sexual*, 2da Edición, México, UNAM, Bonilla Artigas Editores, 2015, p. 253.

La propuesta de Scott sobre la teoría y la investigación historiográfica trata de validar a las mujeres como sujetos históricos justificando la legitimidad académica de una historia de las mujeres a través de la perspectiva de género. En efecto, al tratar de inmiscuirnos en esta novedad para el análisis histórico es posible desplegar una crítica sobre ciertos presupuestos del discurso historiográfico que de manera semejante a lo que en su momento realizó la escuela de los Annales en la década de 1960, se plantea el problema sobre cómo analizar la naturaleza del pasado y cómo describir sus cambios y transformaciones si el pasado es una dimensión permanente de la conciencia humana.⁹

La problemática de fondo tiene que ver con la naturaleza misma de este campo en el que se entiende que la historia es el suceso del pasado y la historiografía es la forma de estudiarlo y darle sentido: “A fin de distinguir ambos sentidos se puede reservar la palabra ‘Historia’ para designar la realidad histórica y emplear la palabra ‘Historiografía’ para designar el género literario o la ciencia que tiene por objeto la realidad histórica”.¹⁰ Sobre ello, es necesario advertir que existe una anhelada objetividad a la que aspiran gran parte de las interpretaciones historiográficas, la cual se sustenta en la aplicación de una metodología supuestamente correcta y neutral.

Por su parte, la escuela historiográfica francesa de los Annales, también conocida como la escuela de la historia de las mentalidades, parte de la premisa de que no se está escribiendo sobre el pasado (historia) reproduciéndolo de modo fidedigno y veraz, sino que se está realizando una labor de interpretación basada en conceptos, teorías y subjetividades concretas. Esta corriente no se interesó en develar una macrohistoria sino en indagar sobre la manera en la que los seres humanos del pasado percibieron los hechos que

⁹ Pérez Monroy, Atzin J. *et al.*, *Historia Universal: de los orígenes de la modernidad a la crisis del mundo globalizado*, México, Oxford University Press, 2003, p. 2.

¹⁰ Gaos, José, “Notas sobre la historiografía”, *Historia Mexicana*, 9(4), p. 481, <https://historiamexicana.colmex.mx/index.php/RHM/article/view/885>

vivieron, es decir, su objeto de estudio se encuentra íntimamente ligado a aspectos subjetivos de la vida cotidiana con el objetivo de reconstruir los hechos del acontecer diario y el sentido que éstos tuvieron para las personas de una época determinada.

Lo anterior significa que la historia de las mentalidades pretende conocer de qué forma los actores percibieron al mundo circundante y cómo esa percepción influyó sobre sus comportamientos, estimulándolos o inhibiéndolos. Para los historiadores de las mentalidades el objeto de estudio a tratar se refiere al conjunto de representaciones mentales que permiten orientar el comportamiento. [...] Esta historiografía profundiza en los aspectos culturales de la vida social y en ámbitos de la realidad cotidiana que se refieren a la comida, el vestido, las ceremonias, las prácticas religiosas, la enfermedad, la locura y la muerte, entre otros. Así, el sistema de representación de un grupo social sobre cierto fenómeno, la sensibilidad, las aversiones, los prejuicios, las creencias mágicas y las actitudes estéticas pueden ser de gran importancia para el historiador de este género.¹¹

La visión sobre cómo interpretar el pasado que plantea la escuela de los Annales nos recuerda las apuntaladas críticas del filósofo Michel Foucault, quien aseveraba que el conocimiento también está sometido a lógicas de poder. En ese sentido, los saberes históricos, si bien narran los sucesos del pasado con el interés de transmitir conocimiento, éstos también tienen el propósito de justificar y legitimar cierta relación de poder y dominio —ya sea económica, política o ideológica— en beneficio de determinado sector.¹² Por ende, es posible criticar lo que se ha señalado antes como macrohistoria, es decir, el pensar a la historiografía como una teoría totalitaria frente a otro tipo de corrientes historiográficas como, por ejemplo, algunas

¹¹ Moya López, Laura A., “Vida cotidiana y mentalidades en la escuela de los Annales”, *Revista del Departamento de Sociología*, núm. 31, vol. 11, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1996, p. 2.

¹² Pérez Monroy, Atzin J., *op. cit.*, p. 3

aproximaciones de la escuela de los Annales que plantean más bien el estudio de cuestiones locales e íntimas de la vida cotidiana, las cuales siguiendo a Foucault, podrían considerarse como parte de lo que ha denominado como saberes sometidos.

[P]or “saberes sometidos” entiendo dos cosas. Por un lado, quiero designar contenidos históricos que fueron sepultados, enmascarados en coherencias funcionales o sistematizaciones formales [...] De modo que los “saberes sometidos” son esos bloques de materiales históricos que estaban presentes y enmascarados dentro de los conjuntos funcionales y sistemáticos. [...] Con esta expresión me refiero, igualmente, a toda una serie de saberes que resultaban descalificados como saberes no conceptuales, insuficientemente elaborados, ingenuos, inferiores desde un punto de vista jerárquico, por debajo del nivel del conocimiento o de la científicidad exigidos.¹³

Tomando en cuenta lo anterior, el análisis de la historia con perspectiva de género puede considerarse también como un saber sometido. Los métodos apropiados y fidedignos para interpretar la historia que cuestiona Joan Scott permiten vislumbrar la exigencia académica por una indagación del pasado que tome en cuenta la perspectiva de género como categoría de análisis: “Necesitamos examinar atentamente nuestros métodos de análisis, clarificar nuestras hipótesis de trabajo y explicar cómo creemos que tienen lugar los cambios”.¹⁴ En aras de poner en práctica una reinterpretación del pasado con perspectiva de género, a continuación se reflexiona sobre el que ha sido descifrado como el antecedente más remoto del feminismo en la historia europea.

De acuerdo con Estela Serret y Jessica Méndez Mercado, la primera aportación feminista documentada puede ubicarse en 1622 con la obra *De la igualdad entre los hombres y las mujeres* de Marie Le

¹³ Foucault, Michel, *Microfísica del Poder*, trad. Horacio Pons, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2019, p. 217.

¹⁴ Scott, Joan, *op. cit.*, p. 271.

Jars de Gournay.¹⁵ En el contexto de esta filósofa francesa discurrían los debates entre aquellos que defendían la racionalidad humana y los que resguardaban el pensamiento teológico heredado de la Edad Media. Al defender la capacidad racional del ser humano fue posible afirmar la igualdad natural entre los seres racionales, lo cual posibilitaba deslegitimar al régimen político estamental autoritario del feudalismo. No obstante, a Marie Le Jars le parecía una contradicción que aquellos intelectuales racionalistas no se inmutaran al afirmar a las mujeres como subordinadas a la tutela masculina, ya que para ella era evidente que las mujeres también participaban de la universalidad de la razón como atributo de todos los seres con discernimiento cognitivo y moral. Así, Serret y Méndez Mercado aseveran que el feminismo nace como una protesta ante la constante negación de autonomía para la mujer como sujeto racional y autónomo en el contexto de la Ilustración en el que, además, las mujeres europeas no eran consideradas como sujetos jurídicos y debían ser tuteladas por un varón a lo largo de toda su vida.¹⁶

Empero, es común encontrar otros datos y referencias sobre el que podría considerarse como el antecedente pionero del feminismo. Algunas autoras sitúan este acontecimiento a finales del siglo XIII cuando la teóloga Guillermine de Bohemia afirmaba que la redención de Cristo no había alcanzado a la mujer y planteaba la idea de crear una iglesia de mujeres y para mujeres.¹⁷ Desafortunadamente, esta religiosa fue juzgada hereje por la Santa Inquisición y fue quemada en la plaza pública de Milán en el año 1300.¹⁸ Sobre

¹⁵ Estela y Méndez Mercado, Jessica, *Sexo, género y feminismo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011, p. 12.

¹⁶ *Ibidem*, p. 15.

¹⁷ Cfr. “El feminismo: historia y corrientes”, *Diccionario de estudios de género y feminismos*, Buenos Aires, Biblos, 2008. Puerto Rubio, Tamara, *L'art feminista de les Guerrilla Girls*, España, Universidad de Girona, 2015, https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/11689/PuertoRubioTamara_Treball.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹⁸ Cfr. Muraro, Luisa, “Margarita Poete y Guillerma de Bohemia (la diferencia fe-

la interpretación de este suceso contamos con los apuntes de la historiadora Luisa Muraro, quien arremete contra aquellos estudiosos que le negaban al movimiento religioso femenino de Guillermine de Bohemia toda autonomía bajo el argumento de considerar imposible que se hubieran gestado ideas feministas en ese periodo debido a que no hubo difusión de la comunicación, ni organización, manifiestos o proclamaciones, ante ello Muraro se pregunta: “¿pues podemos negar que las mujeres religiosas se comunicaban entre ellas?”.¹⁹ Nótese, una vez más, esa incomodidad ante la invisibilización femenina en el quehacer historiográfico.

El caso de Guillermine de Bohemia no suele considerarse como la primicia del feminismo al no ser una aportación feminista documentada, ya que los presupuestos de una historiografía clásica se fundamentan, precisamente, en obras historiográficas, es decir, “en todas aquellas que tienen su expresión en la palabra escrita, son cuerpos de proposiciones en ciertas relaciones. Estas proposiciones, en sus relaciones, son las últimas unidades integrantes de la Historiografía”.²⁰ En este punto vale la pena traer a cuenta el proceder de la escuela historiográfica francesa de los *Annales*, la cual como se ha mencionado, centra su análisis en hechos empíricos de la vida cotidiana como la comida, el vestido, las ceremonias, las prácticas religiosas, familiares e íntimas y no exclusivamente en los documentos escritos.

De cierta forma parece que los métodos historiográficos tradicionales han contribuido a perpetuar una interpretación de la historia en la que las mujeres no son visibles y no porque no existieran o realizaran contribuciones, sino porque los parámetros con los que suelen medirse esas contribuciones históricas están basados en áreas que a lo largo de los siglos les han pertenecido casi de manera exclusiva a

menina, casi una herejía)”, *DUODA Revista d’Estudis Feministes*, núm. 9, 1995, pp. 81-98.

¹⁹ *Ibidem*, p. 83.

²⁰ Gaos, José, *op. cit.*, p. 485.

los varones, como por ejemplo, las habilidades de lecto-escritura; difícilmente en el contexto de Guillermine de Bohemia en el siglo XIII una mujer sabía leer o escribir. De hecho, es fortuito y estimable el caso de Marie Le Jars en el siglo XVII pues, pese a esta circunstancia de opresión social, ella escribió el texto ya comentado y muchos otros. Por su parte, Nuria Varela considera que el antecedente más antiguo del feminismo probablemente puede señalarse con la obra de Christine de Pizan, *La ciudad de las damas*, escrita en 1405.

La autora decide fiarse más de su experiencia que de los escritos masculinos y con esa idea escribe *La ciudad de las damas*. En ella, defiende la imagen positiva del cuerpo femenino, algo insólito en su época, y asegura que otra hubiera sido la historia de las mujeres si no hubiesen sido educadas por hombres. Sorprendentemente, elogia la vida independiente y escribe: «Huid, damas mías, huid del insensato amor con que os apremian. Huid de la enloquecida pasión, cuyos juegos placenteros siempre terminan en perjuicio vuestro».²¹

Esta disparidad sobre la primicia del feminismo como hallazgo histórico nos invita a preguntarnos sobre qué es lo que hay que considerar para que un suceso del pasado pueda interpretarse como feminista. En torno a ello, Varela explica que a lo largo de los siglos las mujeres ya habían denunciado la situación en la que vivían por ser mujeres y las carencias que tenían que soportar, sin embargo, esas quejas y denuncias no se consideran feministas puesto que no cuestionaban el origen de esa subordinación femenina y tampoco era evidente un pensamiento articulado destinado a recuperar los derechos de las mujeres.²² Una de las salidas a esta problemática ha sido la de usar el término de «protofeminismo» para referir a todas aquellas aportaciones que se anticiparon al feminismo moderno, sin embargo, el uso de este concepto dependerá del contexto y enfoques

²¹ Varela, Nuria, *Feminismo para principiantes*. Madrid, Ministerio de Cultura y Deporte de España, 2019, p. 18.

²² *Ibidem*, pp. 19-20.

de estudio, ya que hasta la fecha presente no existe un acuerdo claro sobre cuándo y por qué un hecho histórico puede interpretarse como feminista o si esto resulta anacrónico en ciertos casos.

A pesar de la crítica a los saberes históricos totalitarios y a sus métodos historiográficos tradicionales que suelen favorecer una invisibilización de las mujeres, lo cierto es que el trabajo feminista en el ámbito académico ha proporcionado una basta cantidad de materiales para rastrear la historia silenciada y periférica recuperando textos y otras fuentes empíricas como aportaciones de las mujeres en el devenir de la humanidad. Si bien, hasta ahora sólo se han planteado algunos de los obstáculos para rastrear el antecedente más remoto del feminismo en la historia de Europa, vale la pena investigar también la historia de los derechos humanos de las mujeres y las dificultades de esta trayectoria ya no sólo desde la crítica historiográfica sino desde la perspectiva jurídico-política.

III. LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

La lucha por los derechos humanos de las mujeres está situada en la modernidad, no obstante, es menester atisbar que en esta batalla una de las estructuras sociales más efectivas para justificar y legitimar las relaciones desiguales es y ha sido, precisamente, el Derecho como dispositivo de poder en sentido foucaultiano.

Para discurrir sobre el asunto no está por demás recordar que la noción misma de ‘derechos humanos’ que ha llegado hasta nuestros días tiene como antecedente la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, sobre la cual no es ningún secreto que ésta no contemplaba a las mujeres en su concepto de ciudadanía. No hay que olvidar a filósofas como Marie Gooze, a quien bajo el pseudónimo de Olympe de Gouges, le costó la vida su lucha por el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de las mujeres en el siglo XVIII en Francia. Ella fue autora de la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana* (1791), documento en el que

afirmaba los derechos de ambos sexos y se pronunciaba en contra de la discriminación jurídica de la mujer, motivo por el cual fue condenada a morir en la guillotina el 3 de noviembre de 1793.²³

En otras latitudes como Inglaterra destacan las contribuciones argumentativas de Mary Wollstonecraft, quien en 1792 escribió su conocido texto *Vindicación de los Derechos de la Mujer*, en el que manifestó una denuncia a la condición y al trato que se daba a las mujeres, señalando que el poder que ejercían los hombres sobre éstas no era algo natural sino un privilegio.²⁴ Ambas pensadoras son consideradas como parte de la primera ola del feminismo; de hecho, el texto de Wollstonecraft es considerado por algunas estudiosas como la obra fundacional del feminismo.²⁵

El Código Napoleónico, promulgado el 21 de marzo de 1804, también jugó un papel importante en contra de los derechos de las mujeres, ya que, entre otras cosas, establecía que ellas no tenían derecho a administrar su propiedad, no podían abandonar su domicilio ni ejercer la patria potestad, tampoco podían trabajar sin permiso masculino ni ejercer una profesión y, además, la figura jurídica del matrimonio fue determinada como un contrato desigual en el que se exigía la obediencia de la mujer al marido.²⁶ Es bien sabido que el Código Civil Francés fue imitado en casi toda Europa y, por consiguiente, en gran parte de América Latina. Sumado a lo anterior, el derecho penal francés que comenzó a desarrollarse en este periodo positivó una serie de delitos para las mujeres que las desvinculaban de la autonomía de su propio cuerpo, como es el caso del aborto y el adulterio. Es en este sentido que se considera que el Derecho ha fungido como una estructura social que ha excluido a

²³ Véase: De Gouges, Olympe, *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana*, <http://www.pudh.unam.mx/perseo/declaracion-de-los-derechos-de-la-mujer-y-la-ciudadana-2/>.

²⁴ Véase: Wollstonecraft, Mary, *A Vindication of the Rights of Women*, <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/wollstonecraft1792.pdf>

²⁵ Varela, Nuria, *op. cit.*, p. 17.

²⁶ *Ibidem*, p. 32.

las mujeres de la participación jurídico-política y del contacto con los espacios de poder; en otras palabras, el Derecho ha legitimado relaciones desiguales que han postrado a las mujeres en una posición de opresión y desventaja frente a los varones, lo cual muestra la permanencia de un sistema de dominación patriarcal.

La función social del derecho es regular la convivencia de hombres y mujeres [personas] en una sociedad determinada con el fin de promover la realización personal y colectiva de quienes hacen parte de una comunidad, en paz y armonía. Si esto es cierto, cabe decir que el derecho no ha cumplido con esta finalidad. Leyes que esclavizan a las mujeres, que restringen de diferentes modos de acuerdo con su clase, etnia, raza, edad, habilidad, etc., sus posibilidades de ser y actuar en el mundo, que otorgan más poder económico, político y sexual a los hombres, sólo pueden profundizar una convivencia basada en la violencia y en el temor.²⁷

Frente a condiciones similares a las de las mujeres europeas, el movimiento sufragista de las mujeres norteamericanas en el siglo XIX pugnaba por sus derechos políticos y de ciudadanía (principalmente el derecho a votar y ser votadas) y por su inclusión en el sistema educativo como aspectos prioritarios. Algunas interpretaciones aseveran que este movimiento culminó con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, documento jurídico en el cual terminó por reconocerse el sufragio femenino como un derecho humano universal en el artículo 21. Pese a todo, hay que tener en cuenta que la Declaración de 1948 tuvo a bien optar por la expresión ‘derechos humanos’ (‘human rights’) e incluir la igualdad de género en la redacción de sus artículos gracias a las insistentes observaciones de Eleanor Roosevelt y de otras diplomáticas como Lakshmi Menon (India), Minerva Bernadino (República Dominicana), Bodil Begtrup (Dinamarca), Evdokia Uralova (Bielorrusia), Amelia C. de

²⁷ Cfr. Facio, Alda y Fries, Lorena, “Feminismo, género y patriarcado”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 3, núm., 6, 2005, ISSN: 1667-4154, p. 260. Corchetes propios.

Castillo Ledón (México), entre otras, cuando en el proyecto inicial se pretendía denominar a este documento internacional como ‘Declaración Universal de los Derechos del Hombre’ y redactar el documento usando la expresión ‘hombre’ en su sentido genérico.²⁸

Por ende, la legitimación histórica de un esquema de dominación patriarcal puede evidenciarse no sólo en los modos explícitos de enunciación, sino en lo tardío que ha sido el reconocimiento de los derechos de las mujeres alrededor del mundo en cuanto a sufragio universal, educación, equidad salarial, etc. En ese sentido, la supuesta igualdad formal que existe en la ley, en este caso, en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, no termina de empatar con el contexto de las mujeres debido a que históricamente se les ha discriminado social, jurídica y políticamente, valorándolas como seres humanos de segunda, ya que, de acuerdo con una supuesta condición natural o biológica, éstas debían estar limitadas al ámbito privado de la domesticidad y no al espacio público como ámbito de poder donde acontecía la participación jurídico-política.

El derecho, considerado asimismo como una institución eminentemente patriarcal, es reflejo de la reproducción de las estructuras sociales, en las que las mujeres han sido excluidas sistemáticamente de la organización política. Las formas establecidas del poder social y político, ocultas y explícitas, diferencian lo masculino de lo femenino, fijando los límites de éste al ámbito privado, a la esfera de la familia; y a lo masculino destinándolo para su acción en los espacios públicos.²⁹

²⁸ Cfr. Saldarriaga Grisales, Dora Cecilia y Gómez Vélez, Martha Isabel, *op. cit.*, p. 46 y Glendon, Mary Ann, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, México, Fondo de Cultura Económica/Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal/Universidad Panamericana, 2011.

²⁹ Lira Alonso, María Patricia, *Los derechos humanos y universitarios de las mujeres. La lucha por la igualdad de género. Un estudio del caso UNAM*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 49.

En un primer momento los derechos humanos de las mujeres empiezan a conceptualizarse jurídicamente como derechos colectivos, es decir, cuando se reconoce la necesidad de conceder protecciones especiales a las mujeres como un grupo considerado en situación de vulnerabilidad a partir de analizar con perspectiva de género su discriminación histórica y circunstancias fácticas de desigualdad como un constructo socio-cultural, y ya no desde una visión basada exclusivamente en una determinación natural por su condición biológica.³⁰ En efecto, este cambio de abordaje respecto a cómo entender la situación de las mujeres y la lucha por el reconocimiento de sus derechos es acorde con las críticas sobre género esbozadas por gran parte de las teorías feministas. En otras palabras, actualmente un análisis con perspectiva de género resulta útil para el derecho y otras disciplinas al contribuir a identificar estereotipos, conductas o actitudes discriminatorias basadas en la diferencia sexual.

En ese sentido, la de *perspectiva de género* se refiere a la observación de un fenómeno social o político, como objeto de estudio, utilizando como fundamento el concepto *género*.³¹ Por consiguiente, se asume como una forma de entender la realidad que considera las diferencias entre mujeres y hombres, así como sus posiciones desiguales en el mundo, las cuales se vislumbran como social y culturalmente construidas. Sobre el asunto, debe advertirse lo que Socorro Apreza apunta, ya que la noción de «perspectiva de género» y la de «enfoque de género» continuamente suelen emplearse como sinónimas (incluso en instituciones de derechos humanos como la ONU), sin embargo, algunas precisiones son necesarias debido a que pueden ser conceptos diferentes de acuerdo a una cuestión de graduación.³² Aunque ésta sigue siendo una discusión abierta en la doctrina cien-

³⁰ *Idem.*

³¹ *Cfr.* Serret, Estela y Méndez Mercado, Jessica, *op. cit.*

³² *Cfr.* Apreza Salgado, Socorro, *Alcances del concepto de violencia política en razón de género. Sin enfoque de género no se materializa la justicia y se perpetúa la pedagogía de la crueldad*, México, Ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2022.

tífica y en los estándares internacionales, lo que aquellas doctas en el tema afirman es que una vez justificado un modelo de justicia que involucra la revisión de los problemas de las mujeres de manera diferenciada, la perspectiva de género necesita de un método para su aplicación específica en los casos particulares, que es el enfoque de género.³³

Por lo tanto, si bien la perspectiva de género muchas veces ha sido conceptualizada como una mirada que visibiliza la posición de desigualdad y subordinación estructural de las mujeres frente a los hombres debido a su género, ésta también debe entenderse como un método y una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres (incluidas niñas y adolescentes). Sólo si este concepto de perspectiva de género es asumido de esta forma teórico-metodológica puede ser equiparable al de enfoque de género. Además, no debe perderse de vista que la noción de perspectiva de género es profunda y dinámica, al punto que se sigue la postura de Socorro Apreza, quien manifiesta que bien podrían existir diferentes perspectivas de género y no solo una, tal y como ha sucedido con las variadas teorizaciones y corrientes que se desprenden del feminismo.

En principio parecería absurdo discurrir de manera particular sobre los derechos humanos de las mujeres, ya que, se supone que la cualidad de esta protección que brindan los derechos humanos es que éstos se le reconocen a todas las personas, es decir, a hombres, infantes, adolescentes y, por supuesto, mujeres. En otras palabras, las mujeres ya deberían estar incluidas dentro del género humano y ese reconocimiento universal de derechos. Empero, esto no ha acontecido de una forma tan transparente e inclusiva, al grado que en la *Declaración de Viena* de 1993, la ONU anunció como válida la

³³ Cfr. Apreza Salgado, Socorro, *op. cit.*, y Niño Patiño, Natali, “Perspectiva de género y enfoque de género: herramienta para la toma de decisión judicial”, *Revista Temas Socio-Jurídicos*, Vol. 38, núm. 77, 2019.

noción de «derechos humanos de las mujeres» arguyendo a que éstos representan la lucha histórica de las mujeres por su reconocimiento jurídico-político.³⁴

Después de analizar la evolución histórica de la lucha por el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, saltan a la vista que algunos de los documentos jurídicos más relevantes en la historia del derecho moderno fueron excluyentes con las mujeres, explícita o implícitamente, asignándoles un lugar político relegado o invisibilizado, a saber: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), el Código Napoleónico (1804) y, en menor grado, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Evidenciar el origen patriarcal y androcéntrico de las normas jurídicas implica cuestionar los supuestos éticos y epistemológicos de esas normas particulares y también de los sistemas de derechos en general. De hecho, uno de los resultados favorables de la lucha en favor de los derechos humanos de las mujeres es que paulatinamente se ha promovido lo que se ha denominado como la «transversalización de la perspectiva de género», la cual hace referencia a la necesidad de aplicar cierta perspectiva de género en todos los órdenes de la vida social, nacional e internacionalmente.³⁵ De esta forma, así como se ha generado esta demanda en el ámbito historiográfico, en el campo del derecho se ha vuelto ineludible que se revise críticamente el sustento jurídico que objetiviza, estigmatiza, inferioriza, excluye o restringe a las mujeres, es decir, se han promovido los exámenes de leyes y sistemas jurídicos con perspectiva de género o enfoque de género buscando visibilizar y extinguir la discriminación y la violencia contra las mujeres (incluidas niñas y adolescentes). Por supuesto, no hay que perder de vista que los

³⁴ Cfr. Lira Alonso, *op. cit.*

³⁵ Cfr. Serret, Estela y Méndez Mercado, Jessica, *op. cit.*

análisis con perspectiva de género comprenden también aspectos relacionados con la sexualidad y la identidad, por ejemplo, a través de los estudios LGBTTTIQ+.

Ahora bien, tomando en cuenta la posibilidad que nos brinda la perspectiva de género para realizar análisis sobre el pasado, pero con los lentes de una metodología distinta; para cerrar este texto se realizará una reflexión sobre uno de los momentos históricos más importantes para México, que es el periodo independentista, lo anterior con motivo de que en el año 2021 se cumplieron doscientos años desde este suceso tan relevante en la vida nacional.

IV. INDEPENDENCIA DE MÉXICO Y CIUDADANÍA PATRIARCAL

Mientras mujeres europeas como Marie Gooze o Mary Wollstonecraft publicaban obras teóricas y contestatarias sobre la falta de reconocimiento de los derechos de las mujeres a finales del siglo XVIII, unos pocos años más tarde en la Nueva España comenzaría a gestarse el movimiento de Independencia que data aproximadamente de 1810 a 1821, en el cual la participación de las mujeres en la lucha independentista ha sido un tema muy poco explorado: ¿hubo ideas feministas o mujeres feministas durante este periodo? ¿existió una lucha por parte de las mujeres novohispanas en aras de exigir el reconocimiento de sus derechos?

Como se ha observado en el caso europeo, determinar el antecedente más remoto del feminismo sigue siendo una discusión en proceso que probablemente dependerá de la interpretación historiográfica que se realice. Es válido admitir que las quejas y denuncias de las mujeres a lo largo de la historia no deban considerarse como feministas a menos que cuestionen los orígenes de esa subordinación o presenten un pensamiento articulado y sistemático para explicar esa situación y afirmar los derechos de las mujeres. No obstante, la postura que sostenemos es que también es posible realizar una interpretación historiográfica que valore como hallaz-

gos protofemistas (si se prefiere usar ese término) ciertos sucesos del pasado que, si bien no necesariamente parten de documentos escritos, sí tienen una base empírica fundamentada.

Parece difícil sostener la existencia de algún tipo de ideas feministas durante la transición del Virreinato al México independiente, entre otras cosas, porque en el contexto en el que vivían las mujeres novohispanas persistía el analfabetismo e incluso para aquellas de las clases acomodadas representaba una dificultad el acercamiento a las letras y las artes puesto que la prudencia y la humildad en una mujer se valoraban mucho más que la sapiencia.³⁶ Sumado a ello, la religiosidad y el poder que ejercía la iglesia desalentaba cualquier tipo de aspiración feminista.³⁷

Si bien es poco factible afirmar la existencia de mujeres feministas durante este periodo, sí podemos encontrar mujeres ilustradas destacables. Como señala Ane Staples, definir a una mujer ilustrada en aquel tiempo resulta complejo: Leona Vicario o María Ignacia Rodríguez de Velasco y Osorio Barba (La Güera Rodríguez) pueden considerarse como mujeres ilustradas, aunque no en el mismo sentido que los hombres novohispanos, pues “no tuvieron estudios formales ni grados académicos; no difundieron el conocimiento útil ni combatieron las supersticiones; no inquirieron acerca de las causas de todas las cosas ni sobre el remedio de todos los males. Pero su inteligencia natural, su curiosidad intelectual y su manejo de las circunstancias que las rodeaban [nos permiten calificarlas como ilustradas]”.³⁸ Por supuesto, la participación femenina durante el

³⁶ Cfr. Del Palacio, Celia, “La participación femenina en la Independencia de México. En Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México”, *Historia de las mujeres en México*, México, Secretaría de Educación Pública, 2015.

³⁷ Macías, Anna, *Contra viento y marea, El movimiento feminista en México hasta 1940*, México, UNAM, 2002, p. 14.

³⁸ Staples, Ane, “Mujeres ilustradas mexicanas, siglo XIX”, INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS HISTÓRICOS DE LAS REVOLUCIONES DE MÉXICO, *Historia de las mujeres en México*, México, Secretaría de Educación Pública, 2015, p. 141. Corchetes propios.

movimiento de Independencia de México no se limita únicamente a las contribuciones de las mujeres ilustradas y de la élite, ya que muchas otras participaron activa y combativamente desde otros frentes de lucha:

Tal vez no hubo muchas mujeres que alcanzaran sus ideales independentistas o defensivos con base en una discusión y con acceso sistemático a las ideas [...] pero cabe destacar que la capacidad de reacción ante la desventaja, la exclusión o ante la defensa de lo propio, supera el campo de la instrucción escolar.³⁹

De acuerdo con María José Garrido Áspero, la insurgencia femenina en este contexto estuvo exenta de aspiraciones políticas para las propias mujeres debido a que en esa época ellas fueron educadas para considerarse a sí mismas ajenas a la vida pública dadas las ataduras de la domesticidad y del cuidado familiar.⁴⁰ Por lo dicho, no es de sorprender que cuando México se consolida como Estado independiente en la década de 1820, los derechos políticos relacionados con la ciudadanía sólo se positivarón para los hombres, ya que las mujeres estaban limitadas al ámbito de lo privado.

A pesar de que uno de los ideales que motivaron el levantamiento armado por la Independencia de México fue consolidar el principio de igualdad ante la ley en la Nueva España acabando con los privilegios de las familias españolas peninsulares, lo cierto es que en la Constitución de Cádiz terminó por consagrarse una concepción patriarcal de la ciudadanía que puede constatarse al leer el capítulo IV de esta histórica ley. La Constitución de Cádiz, también llamada ‘La Pepa’, fue elaborada en la ciudad de Cádiz (España) en 1812

³⁹ Rodríguez Guerrero, María de Jesús, “México, independencia, mujeres, olvido, resistencia, rebeldía, dignidad y rescate”, *Revista Alegatos*, México, núm. 73, 2009, p. 361.

⁴⁰ *Cfr.* Garrido, María José, “Entre hombres te veas. Las mujeres de Pénjamo y la Revolución de Independencia”, Castro, Francisco, y Terrazas, Marcela (coords.), *Disidencia y disidentes en la historia de México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

por legisladores tanto españoles europeos como hispanoamericanos, y ésta se considera que sirvió de modelo para la elaboración de las primeras leyes fundamentales del México independiente, como lo fueron la Constitución de Apatzingán (1814) y la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824. En la Constitución de Cádiz se establecieron dos tipos de igualdad, una que aludía a los derechos civiles y otra vinculada a los derechos políticos. A las mujeres no se les negaron sus derechos de identidad connacional, pero sí se omitió gran parte de su capacidad como ciudadanas al invisibilizar sus derechos de participación política, por ejemplo, el derecho al voto.⁴¹

De hecho, como explica Laura Ibarra García, en ninguno de estos documentos jurídicos fundacionales de la nación independiente el principio de igualdad fue conceptualizado de forma unívoca. Durante el periodo de la Ilustración europea las doctrinas iusnaturalistas forjaron una idea de igualdad asumiéndola como un estado propio del orden natural del mundo que brindaba legitimidad a los movimientos de insurrección.⁴² Este pensamiento se trasladó de la península europea a América y una vez iniciado el movimiento de independencia en México, la concepción de los derechos naturales sumada a una visión tradicionalista del género tuvo como consecuencia la redacción particular del constitucionalismo mexicano, de manera que terminaron por reproducirse desigualdades como la del orden doméstico “en el cual se consideraba natural la diferencia entre el *pater familias* y los descendientes [y] el concepto de ciudadanía y de igualdad [que] no incluía a las mujeres”.⁴³ Incluso, en el artículo VII del Reglamento para el Gobierno Interior de las Cortes de

⁴¹ Véase: Honorable Cámara de Diputados, Constitución de Cádiz de 1812, México, Congreso de la Unión, https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_cadiz.pdf

⁴² Cfr. Ibarra García, Laura, “El concepto de igualdad en México (1810-1824)”, *Revista Relaciones. Estudios de historia y sociedad*, vol. XXXVII, núm. 145, 2016.

⁴³ *Ibidem*, p. 292. Corchetes propios.

Cádiz podía leerse: “No se admitirán mujeres en las galerías, y todos los hombres asistirán sin distinción de clase”.⁴⁴ Carole Pateman ha denominado a ésta como una concepción patriarcal de la ciudadanía, la cual está enfrentada con una ciudadanía democrática.⁴⁵

En efecto, la noción de ciudadanía patriarcal depende de una ideología patriarcal que construye las diferencias entre hombres y mujeres perpetuando la inferioridad de éstas a partir de una biología supuestamente inherente o natural y, además, es una ideología que legitima la desventaja femenina,⁴⁶ en este caso, a través de una fundamentación jurídica de primer orden, es decir, cimentada en el documento que doctrinalmente ha sido dotado de mayor jerarquía jurídica a partir del principio de supremacía constitucional.

Conviene subrayar que existe una relación entre lo que se ha expuesto sobre las mujeres ilustradas y aquel que posiblemente puede considerarse como el antecedente profeminista más remoto en México, que fue una carta enviada en 1824 al Congreso Constituyente de Querétaro por parte de un grupo de mujeres zacatecanas que manifestaban su interés en participar políticamente en la toma de decisiones del país en razón de su contribución a la causa de independencia.⁴⁷ Asimismo, la defensa que Leona Vicario hizo de sí misma en 1831 a través de la prensa frente a ciertas acusaciones infundadas es considerada por algunos autores como una de las primeras argumentaciones feministas de la historia mexicana.⁴⁸ Frente

⁴⁴ Honorable Cámara de Diputados, Reglamento para el Gobierno Interior de las Cortes de Cádiz de 1813, México, Congreso de la Unión, p. 3, http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/virtual/regla/Reg_1813_sep04.pdf

⁴⁵ Cfr. Pateman, Carole, *El contrato sexual*, Barcelona-México: Ed. Antropos - Universidad Autónoma Metropolitana, 1995.

⁴⁶ Facio, Alda y Fries, Lorena, *op. cit.*, p. 261.

⁴⁷ Galeana, Patricia, “Las mujeres frente al poder constitucional”, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, *Mujeres y constitución: de Hermila Galindo a Griselda Álvarez*, México, INEHRM-Secretaría de Cultura-Gobierno del Estado de México, 2017, p. 13.

⁴⁸ Cfr. García, Genaro, *Leona Vicario, heroína insurgente*, Instituto Nacional de Estudios

a ello, no compartimos esta opinión, ya que el tema de las mujeres y sus derechos nos parece que se aborda de forma secundaria en las cartas de Vicario. Por otro lado, otras fuentes académicas aseveran que fácilmente podría argumentarse que el feminismo se originó en México con Sor Juana Inés de la Cruz y su poema “Hombres necios”.⁴⁹

Al margen de esa discusión, ciertamente, es hasta los años de 1890 a 1940 que se estima que comienza a desarrollarse un pensamiento propiamente feminista en México⁵⁰, y a través de sus demandas, hubo varios intentos por redactar una Carta Magna más incluyente con los derechos políticos de las mujeres. No obstante, no fue hasta 1953 que a las mujeres les fue reconocido constitucionalmente su derecho al voto y pudieron participar de una condición de ciudadanía más justa. Pese a lo anterior, es evidente que el papel que ha jugado el Derecho durante gran parte de la historia ha sido para mantener y reproducir el poder patriarcal. Empero, el Derecho en sí mismo no es patriarcal, ya que sólo funge como una herramienta al servicio del poder imperante. Por lo tanto, la potencialidad del Derecho como instrumento transformador es incuestionable, sobre todo actualmente que han incrementado los análisis, replanteamientos y críticas con perspectiva de género en este campo. Ciertamente son favorables los cambios legislativos en favor de los derechos de las mujeres y las sentencias judiciales con perspectiva o enfoque de género, sin embargo, lo que en realidad se busca es una transformación de las relaciones de poder que, con suerte, desde los sistemas jurídicos pueden comenzar a promoverse.

Por ello, repensar el derecho y su función social, es un desafío que va más allá de contar con “buenas leyes” o con “buenas resoluciones judiciales” para las mujeres. Significa hacer de esta disciplina

Históricos de las Revoluciones de México -Secretaría de Cultura, 2020.

⁴⁹ Cfr. Macías, Anna, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁰ *Idem.*

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.⁵¹

V. CONCLUSIONES

Como hemos podido analizar, el análisis con enfoque o perspectiva de género tiene su origen en el feminismo de mediados del siglo XX y su cuestionamiento sobre la dicotomía sexo-género, el cual ha contribuido a que se revisen críticamente buena parte de los fundamentos epistémicos y metodológicos de las ciencias sociales, tal y como se ha podido observar en el campo historiográfico y, también, en el ámbito jurídico.

Con relación a lo anterior, se indagó sobre aquel que podría considerarse como el antecedente primigenio del feminismo, advirtiendo que esta tarea sigue abierta y que dependerá de la forma en la que se estudie el pasado, la cual se basa en una labor historiográfica en la que los abordajes con perspectiva de género resultan una herramienta metodológica útil y necesaria. Asimismo, se ha constatado que los documentos jurídicos más relevantes en la historia moderna europea han servido para perpetuar un sistema de dominación patriarcal a través del Derecho como dispositivo de poder que, en gran medida, ha sido heredado y reforzado en México por medio de su propio sistema jurídico.

Precisamente, al analizar con perspectiva de género el periodo de transición del Virreinato al México independiente fue posible visibilizar el contexto y las contribuciones de las mujeres novohispanas que, si bien es muy aventurado asumir que éstas fueron aportaciones feministas, sí podría aseverarse que fungieron como hallazgos históricos profeministas de mujeres ilustradas y que, además, éste es un tema poco estudiado que merece una revisión historiográfica

⁵¹ Facio, Alda y Fries, Lorena, *op. cit.*, p. 260.

con perspectiva de género más profunda. Con todo, la evolución de las instituciones jurídicas en México ha dejado ver que desde sus constituciones políticas fundacionales se solidificó una noción de ciudadanía patriarcal que han perjudicado la consolidación de los derechos políticos de las mujeres mexicanas. Es por lo anterior que actualmente, a más de 200 años de distancia, la conmemoración de la Independencia de México nos invita a pensar en dónde estamos paradas y sobre el sistema de derechos que hemos asumido y construido, si es que éste sigue siendo patriarcal y androcéntrico, y sobre las posibilidades que generamos para su transformación.

VI. REFERENCIAS

- Apreza Salgado, Socorro, *Alcances del concepto de violencia política en razón de género. Sin enfoque de género no se materializa la justicia y se perpetúa la pedagogía de la crueldad*, México, Ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2022.
- Beauvoir, Simone, *El segundo sexo*, trad. de Pablo Palant, Buenos Aires, Siglo XX Editorial, 1977.
- Betancourt Martínez, Fernando, “Historiografía y diferencia: el orden procedimental de la investigación histórica”, *Historia y Grafía*, Universidad Iberoamericana, año 26, núm. 51, julio-diciembre 2018, pp. 293-321.
- Dalton, Margarita, *Democracia e igualdad en conflicto*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, 2012.
- De Gouges, Olympe, *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana*, 1791, <http://www.pudh.unam.mx/perseo/declaracion-de-los-derechos-de-la-mujer-y-la-ciudadana-2/>.

- Del Palacio, Celia, “La participación femenina en la Independencia de México, INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS HISTÓRICOS DE LAS REVOLUCIONES DE MÉXICO, *Historia de las mujeres en México*, México, Secretaría de Educación Pública, pp. 69-92, 2015.
- Facio, Alda y Fries, Lorena, “Feminismo, género y patriarcado”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 3, núm., 6, 2005, ISSN: 1667-4154, pp. 259-294, http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf
- Foucault, Michel, *Microfísica del Poder*, trad. Horacio Pons, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2019.
- Gaos, José, “Notas sobre la historiografía”, *Historia Mexicana*, 9(4), pp. 481-508, <https://historiamexicana.colmex.mx/index.php/RHM/article/view/885>
- Galeana, Patricia, “Las mujeres frente al poder constitucional”, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, *Mujeres y constitución: de Hermila Galindo a Griselda Álvarez*, México, INEHRM-Secretaría de Cultura-Gobierno del Estado de México, pp. 13-21, 2017.
- Garrido, María José, “Entre hombres te veas. Las mujeres de Pénjamo y la Revolución de Independencia”, CASTRO, Francisco, y TERRAZAS, Marcela (coords.), *Disidencia y disidentes en la historia de México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- Glendon, Mary Ann, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, México, Fondo de Cultura Económica/Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal/Universidad Panamericana, 2011.

- Haraway, Donna, *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*, Ed. Feminismos, Madrid, 1991.
- Honorable Cámara de Diputados, Constitución de Cádiz de 1812, México, Congreso de la Unión, https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_cadiz.pdf
- , Reglamento para el Gobierno Interior de las Cortes de Cádiz de 1813, México, Congreso de la Unión, http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/virtual/regla/Reg_1813_sep04.pdf
- , Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, México, Congreso de la Unión, http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf
- Ibarra García, Laura, “El concepto de igualdad en México (1810-1824)”, *Revista Relaciones. Estudios de historia y sociedad*, vol. XXXVII, núm. 145, pp. 279-314, 2016.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, Constitución de Cádiz de 1812, México, Universidad Nacional Autónoma de México, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2210/7.pdf>
- Lamas, Marta, “Género”, en Moreno, Hortensia y Eva Alcántara (coords.), *Conceptos clave en los estudios de género*, vol. I, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2016.
- Lira Alonso, María Patricia, *Los derechos humanos y universitarios de las mujeres. La lucha por la igualdad de género. Un estudio del caso UNAM*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- Macías, Anna, *Contra viento y marea, El movimiento feminista en México hasta 1940*, México, UNAM, 2002.

- Martín Sánchez, María, “La mujer en los orígenes del constitucionalismo español: de su invisibilidad de derecho a la realidad de hecho”, *Estudios de derecho*, vol. LXXI, núm. 158, pp. 293-311, 2014.
- Moya López, Laura A., “Vida cotidiana y mentalidades en la escuela de los Annales”, *Revista del Departamento de Sociología*, núm. 31, vol. 11, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1996.
- Niño Patiño, Natali, “Perspectiva de género y enfoque de género: herramienta para la toma de decisión judicial”, *Revista Temas Socio-Jurídicos*, Vol. 38, núm. 77, 2019.
- Organización de las Naciones Unidas, *La función de la mujer en la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, 6 de marzo de 2018, <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/TheRoleWomenShapingUDHR.aspx#:~:text=Las%20mujeres%20dejaron%20una%20huella,el%20principio%20de%20su%20elaboraci%C3%B3n>
- Pateman, Carole, *El contrato sexual*, Barcelona-México: Ed. Antropos - Universidad Autónoma Metropolitana, 1995.
- Pérez Monroy, Atzin J., Lara Cisneros, Gerardo y Romero García, Juan Manuel, *Historia Universal: de los orígenes de la modernidad a la crisis del mundo globalizado*, México, Oxford University Press, 2003.
- Preciado, Beatriz, “Biopolítica del género”, *Conversaciones feministas: Biopolítica*, Buenos Aires, Ají de Pollo, 2009, <http://capacitacion-continua.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/25/2016/10/PRECIADO-Biopolitica-del-genero.pdf>
- Rodríguez Guerrero, María de Jesús, “México, independencia, mujeres, olvido, resistencia, rebeldía, dignidad y rescate”, *Revista Alegatos*, México, núm. 73, pp. 355-380, 2009.

- Romero, Laura, “Primer encuentro de comisiones internas de equidad de género”, *Gaceta UNAM*, 20 de enero de 2020, <https://www.gaceta.unam.mx/primer-encuentro-de-comisiones-internas-de-equidad-de-genero/>
- Saldarriaga Grisales, Dora Cecilia y Gómez Vélez, Martha Isabel, “Teorías feministas, abolicionismo y decolonialidad: teorías críticas que cuestionan la efectividad de los derechos de las mujeres”, *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, Vol. 21, Núm. 41, 2018, pp. 43-60, <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3329>
- Scott, Joan, “El género: una categoría útil para el análisis histórico”, en Lamas, Marta (comp.), *El género La construcción cultural de la diferencia sexual*, 2da Edición, México, UNAM, Bonilla Artigas Editores, 2015, pp. 251-290.
- Serret, Estela y Méndez Mercado, Jessica, *Sexo, género y feminismo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.
- Staples, Ane, “Mujeres ilustradas mexicanas, siglo XIX”, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, *Historia de las mujeres en México*, México, Secretaría de Educación Pública, pp. 137-156, 2015.
- Varela, Nuria, *Feminismo para principiantes*, Madrid, Ministerio de Cultura y Deporte de España, 2019.
- Wollstonecraft, Mary, *A Vindication of the Rights of Women*, 1792, <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/wollstonecraft1792.pdf>

LOS DESCAs Y SU PROTECCIÓN JUDICIAL CON ALCANCES DISTRIBUTIVOS PRESUPUESTARIOS

Roberto Martínez Regino¹

I. INTRODUCCIÓN

La invención y existencia de los derechos humanos busca proteger los bienes y valores de las diversas formas en las que se manifiesta la violencia y la opresión. La apropiación de ellos por la sociedad en diversas latitudes de cada Estado y la interrelación de estos últimos por diversos intereses, ha permitido que continúe expandiéndose el reconocimiento teórico y normativo a escala mundial a través de la globalización jurídica por conducto del Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH).

Así, aun ante la ausencia de un Estado planetario que proteja en forma principal los derechos humanos, los Estados continúan asumiendo dicho objetivo —y los entes supranacionales en forma complementaria— y han adquirido múltiples deberes de satisfacción, mismos que deben ser cumplidos por medio de políticas públicas de tipo normativo y material, las primeras a través de la creación o actualización del Estado de Derecho bajo el enfoque de derechos humanos, y las segundas por una serie de acciones que permitan concretarlos en la realidad y puedan generar impacto respecto a nuevos referentes de cumplimiento.

Sin duda, la falta de eficacia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante DESCAs o derechos sociales), aun cuando su reconocimiento normativo no es nuevo, es una problemática de dimensión interna al Estado, pero también planetaria,

¹ Doctor en Derecho y Globalización por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Posdoctorados en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) a través de CONACYT en el Programa de Posgrado Doctorado en Derecho. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. Correo electrónico: regino_ct3@hotmail.com

ello es así ante una sociedad mundial pluralista y con diversas desigualdades —que se han expandido por la pandemia sanitaria del COVID-19— en las múltiples regiones como lo es América Latina.

En este sentido, la reflexión de tales derechos si bien ha implicado el desarrollo de su naturaleza, los valores sobre los que se sostienen, la relación con otros derechos, y su protección no solo en el ámbito nacional sino internacional, dentro de los desafíos que acontecen se encuentra su justiciabilidad por los jueces y el impulso de política pública con el debido financiamiento de recursos económicos, tema que genera debates por los alcances que derivan sobre el cumplimiento de las decisiones judiciales protectoras.

De esta manera, en el presente estudio se reflexiona respecto a los alcances de las obligaciones que tiene el Estado para el cumplimiento de los DESCAs, las políticas públicas necesarias para ello atendiendo al contexto del país, la relevancia de la justicia distributiva equitativa de recursos económicos, la tutela judicial de tales derechos, así como el reto de los juzgadores respecto a la redistribución del contenido del presupuesto público para materializar las sentencias protectoras.

II. LOS DESCAs Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN MÉXICO

La existencia del actual bloque de constitucionalidad de derechos humanos es producto de la globalización jurídica, y ha traído como efecto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) articule el DIDH con el derecho nacional para proteger los derechos humanos; entre ellos a los DESCAs.

Hoy en día no puede negarse la amplia variedad de personas distintas y la diversidad de su comportamiento que integran a la sociedad, pero ordenadas bajo una unidad; el reconocimiento y garantía de los derechos humanos. No obstante, acontece una crisis sobre el ser personal por la pérdida tanto teórica como práctica de la misma

dignidad humana, por la lesión² de los bienes que le son debidos a la persona, agravio que trasciende a la sociedad, la justicia legal, causa desorden social, y afecta la búsqueda del orden social justo. Así, para lograr la igualdad en derecho es necesario reivindicar a los derechos humanos a través de la dignidad de la persona.

Si bien existen derechos cuya satisfacción dependen de la persona misma, otros más dependen del cumplimiento del Estado a través de la materialización de acciones por medio de bienes y servicios, como se desprende de la articulación de los elementos de los derechos humanos, entre ellos, los DESCAs:³ a) el titular del derecho, b) el o los sujetos obligados, c) el objeto del derecho o prestación y d) el fundamento que justifica ese derecho.

En este contexto el derecho a través del *corpus iuris* es un medio del que cuya coercibilidad derivan deberes al Estado para el cumplimiento de los derechos humanos, desde el ámbito nacional como son:⁴ promover, respetar, proteger y garantizar, conforme a los principios constitucionales de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad⁵. Lo anterior aunado a criterios de fuente internacional tales como:⁶ medidas adecuadas, no discriminación,

² Véase al respecto Hoyos Castañeda, Ilva Myriam, “Los derechos humanos en una época de crisis”, en Saldaña Serrano, Javier, *Problemas actuales sobre derechos humanos*, México, UNAM-IIJ, 2017, p.144.

³ Cfr. Massini Correas, Carlos I., “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, en Saldaña Serrano, Javier, *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, México, UNAM-IIJ, 2017, p.154.

⁴ Véase artículo 1 tercer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁵ Ídem.

⁶ Al respecto se encuentran diversas disposiciones universales y regionales con referencia expresa y otras de manera implícita tales como son: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Número 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)” aprobada por el Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Número 9 “La aplicación interna del Pacto” aprobada por el

progresividad, recursos efectivos, tomar en cuenta el desarrollo del país, niveles mínimos de satisfacción de derechos y protección de miembros vulnerables de la sociedad en tiempos graves de recursos y uso máximo de recursos económicos, con independencia de los estándares en específico de cada derecho que haya emitido el órgano competente para interpretar dicho ordenamiento.

Sin duda, en México pueden encontrarse diversidad de DESCAs en forma expresa e implícita tales como: a la salud, alimentación adecuada, educación, protección y asistencia a la familia, al trabajo, a la seguridad social, a la vivienda adecuada, a la cultura, al medio ambiente sano, entre otros, positivizados en diversos ordenamientos nacionales como internacionales; compuesto por el *hard law* y *soft law*:

1. En el Sistema Regional Interamericano a través de la interpretación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Si bien en forma inicial acontecía la justiciabilidad indirecta, es decir, “mediante la conexidad con los derechos civiles y políticos, el principio de igualdad y no discriminación, las garantías y protección judiciales o los denominados casos complejos de derechos humanos”⁷, ello cambió al abordarse su justiciabilidad en forma

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Documento de avance sobre las normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador, Declaración E/C. 12/2007/1 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 21 de septiembre de 2007, Convención Americana de Derechos Humanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”.

⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Los DESCAs en la Corte Interamericana y su trascendencia para el poder judicial mexicano”, en Courtis, Christian (Coordinador), *Manual sobre justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p.274.

directa primero en el 2015 respecto al derecho a la educación⁸ contenido en el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en forma posterior en el 2017 respecto al derecho a la estabilidad laboral⁹ así como al derecho de los trabajadores a asociarse para la defensa de sus derechos insertos en la CADH.

Actualmente la protección por la Corte IDH respecto a los DESCAs por violación directa al artículo 26 de la CADH y dos opiniones consultivas¹⁰ continúa permeando en el Estado de Derecho en el país y con ello sus referentes para la eficacia de tales derechos.

2. Respecto al Sistema Universal de Derechos Humanos, se encuentra en forma principal el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales (PIDESC), las interpretaciones que realiza el Comité DESC sobre este tratado por medio de las Observaciones Generales —respecto a los deberes generales, transversales, de contenido y derivadas de derechos en particular del contenido del Pacto—, aunado a otros documentos normativos internacionales¹¹.

Sin duda, a través de la reforma constitucional del 2011 se ha permitido que los DESCAs posean igual condición que otros derechos como son los civiles y políticos, pues partiendo de la interdependencia e indivisibilidad recíproca entre ambos tipos de derechos

⁸ Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Serie C Núm. 298, emitida el 1 de septiembre del 2015.

⁹ Corte IDH, *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Serie C Núm. 340, emitida el 31 de agosto del 2017.

¹⁰ Véase al respecto Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, op.cit. nota 7, p.276.

¹¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención para la Protección de los trabajadores migrantes y sus familias y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

deben ser entendidos¹² en sentido integral y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles ante los entes públicos competentes.

No obstante, en la actualidad existen diversas acepciones de los derechos sociales en los ordenamientos jurídicos, —libertades, prestaciones, *status* legales o incluso bienes públicos¹³—, pueden considerarse como pretensiones de bienes y recursos con los cuales se cumplen las necesidades prioritarias de las personas, principalmente de quienes se encuentran en estado de vulnerabilidad. Así, su eficacia como todos los derechos humanos exigen sean protegidos¹⁴ y requieren de una respuesta afirmativa por el Estado para su cumplimiento, para poder lograrlo, es necesario el financiamiento de bienes y servicios públicos, pues con independencia de que las personas pretendan una dimensión negativa de algún derecho los entes públicos requieren activar mecanismos o remedios para lograrlo.

La incorporación expresa de los derechos sociales en la CPEUM en 1917 aconteció al incluir la educación gratuita en el artículo 3, al crear ejidos y reconocer la propiedad comunal en el ordinal 27, al establecer derechos laborales; al limitar la jornada de trabajo, el salario justo, entre otras modalidades, en el artículo 123.

Así la CPEUM en forma inédita ha sido la primera en el mundo en reconocerlos en la norma fundamental, no obstante, el discurso y concepción habría de variar a través del tiempo, como a continuación puede apreciarse:¹⁵

¹² Véase al respecto Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, parr. 85.

¹³ Véase al respecto a Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-IJ, 2017, pp.97-98.

¹⁴ Véase al respecto a Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2011, pp.63-69.

¹⁵ Cfr. Cruz Parcerro, Juan Antonio, “Reflexiones sobre “Derechos sociales y desigualdad”, en Cerdio, Jorge, et.al (coordinadores), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, México, UNAM-IJ-IECQ-ITAM, 2017, pp.340-346.

1. Al emerger posturas antagónicas de quienes debían aplicar la Constitución, principalmente juristas, pues mientras consideró un sector que tales derechos solo se trataban de aspiraciones, otros los apreciaban con un valor normativo.
2. Así al crear la supuesta diferencia entre los derechos civiles y políticos de los derechos sociales, servía de base para considerar auténticos derechos a los primeros pero para negarles tal cualidad a los segundos; ello trajo como consecuencia su no justiciabilidad o protección por el juicio de amparo.
3. En este contexto, se tomó como idea que el poder llegar a un Estado Social de Derecho implicaba un proceso evolutivo el cual solo era posible por medio de reformas sociales, así se sentaron las bases en los periodos presidenciales de Lázaro Cárdenas del Río y Adolfo López Mateos, empero, las políticas necesarias para materializar los derechos sociales presentaron diversas deficiencias.
4. Finalmente, la aplicación del modelo económico neoliberal traería consigo la adopción de medidas como la reducción del gasto público, políticas focalizadas para atender la pobreza extrema, aun cuando se incorporaron nuevos derechos sociales como son a la vivienda y a la salud.

La aplicación de este modelo económico neoliberal iniciará el declive del socialdemócrata –cuyo fin es buscar un alto nivel de igualdad y de vida, donde se implementen programas universales para todos los estratos de personas bajo un mismo sistema de seguridad con beneficios que se gradúan conforme a sus propias ganancias¹⁶– y trajo consigo efectos como la incapacidad en la creación de empleos, la concentración de la riqueza en pocas manos, baja recaudación fiscal, reducción del gasto social, trascendiendo así a permitir una política social excluyente, y generando desigualdad, pobreza, al igual que marginación.

¹⁶ Cfr. Cruz Parceró, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, pp.202-203.

Como puede apreciarse, pese a la inserción de los derechos sociales en la norma jurídica y ser vigentes, bajo una errónea acepción de genuinos derechos, se les consideró como programáticos, es decir, normas que debían ser habilitadas¹⁷ por el legislador y ulteriormente por la administración, pero no en sede judicial, quedando en consecuencia su cumplimiento a discrecionalidad de los entes políticos. Por lo cual se retrasó el debate teórico y práctico de su eficacia y con ello una adecuada materialización en la realidad conforme a los estándares del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, las aportaciones del activismo; de la academia, organizaciones no gubernamentales, defensores de derechos humanos y de entes supranacionales han fomentado la concepción de justiciabilidad para un mejor cumplimiento de estos derechos.

Trascurridos cuatro décadas de la implementación del neoliberalismo en México se aprecian diversos efectos de desigualdad, pobreza y marginación en la realidad. Ello es así, pues bajo un contexto con una población aproximada de 126,014,024¹⁸ personas, la medición multidimensional de la pobreza advierte el rezago respecto a los derechos sociales¹⁹ donde 43.9% se encuentran en pobreza con diversos grados, esto es, 35.4% en pobreza moderada y 8.5% en pobreza extrema. En forma indudable, desde el 2016 al 2020, acontece aumento de la situación de la pobreza en un 0.7%, pues aun cuando ha disminuido la moderada en 0.6%, se ha incrementado la extrema en 1.3%.

¹⁷ Courtis, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos sociales*, México, Fontamara, 2009, pp.18-19.

¹⁸ INEGI. “Población”, en: <http://www.inegi.org.mx/temas/estructura/>, consultado el día 01 de febrero del 2022.

¹⁹ CONEVAL, “Medición de la pobreza”, www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx, consultado el día 01 de febrero del 2022.

Lo anterior permite advertir²⁰ el 23.7% de personas vulnerables por carencias sociales; 52% al acceso a la seguridad social, 28.2% por acceso a los servicios de salud, 22.5% por acceso a la alimentación nutritiva y de calidad, 19.2% respecto al rezago educativo, 17.9% en relación al acceso a los servicios básicos en la vivienda, así como el 9.3% por calidad y espacios de la vivienda.

En este contexto, si bien se ha reducido la asimetría del 2016 al 2020 en 2.1% en acceso a la seguridad social, 2.7% en calidad y espacios de la vivienda, en 1.3% en acceso a los servicios básicos en la vivienda, también ha aumentado el rezago educativo en 0.7%, 12.6% en acceso a los servicios de salud, y 0.6% en acceso a la alimentación nutritiva y de calidad.

En este contexto, atendiendo a las sociedades moderadas, decentes y justas²¹, la primera busca erradicar la crueldad física —tales como la tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes— la segunda pretende eliminar²² la crueldad psicológica como es la afectación a la autoestima y humillaciones como es la miseria, pobreza, analfabetismo, en cambio la última a una situación donde se ha suprimido la crueldad tanto física como mental, y se caracteriza por los principios de libertad y diferencia justificada, misma que permite una adecuada distribución no sólo de recursos económicos sino de bienes y derechos humanos. Así, bajo un orden lexicográfico²³ y acumulativo el ideal es la sociedad justa donde se pueda incluir la moderada y decente, sin que ello deje de ser complejo o sencillo, no obstante, “no es tarea fácil trazar las fronteras entre unas y otras. Ahí donde parece haberse alcanzado altos niveles de distribución

²⁰ Ídem.

²¹ Cfr. Margalit, Avishai, *La sociedad decente*, España, Paidós, 2016, p.123.

²² Véase al respecto Vázquez, Rodolfo, op.cit nota 13, pp.109-111.

²³ Cfr. Margalit, Avishai, op.cit nota 21, p.123.

equitativa y, por lo mismo, niveles óptimos de calidad de vida, aparecen o reaparecen situaciones de crueldad y humillación de difícil contención”²⁴.

Como puede apreciarse conforme al contexto en México existen notables retos para que pueda ser considerada la sociedad como justa en forma plena, la incorporación por sí misma de los derechos humanos en los ordenamientos no implica su eficacia, las políticas públicas con enfoque del Estado de bienestar requieren superar la separación entre Estado y mercado pues se requiere del primero la regulación del segundo para el incremento del ingreso económico y mejor distribución del gasto social.

III. JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y PRESUPUESTO PÚBLICO PARA LOS DESCA

La existencia de los derechos fundamentales DESCA, y la obligación del Estado de lograr su cumplimiento a través de políticas que partan de un núcleo básico y en forma progresiva logre su eficacia, requiere que los bienes y servicios que realice sean financiados en forma idónea. De ahí que dicho tema permita una discusión desde la justicia distributiva, esto es, qué, cómo y a quién distribuir, — considerando que la mayoría de bienes son escasos— atendiendo a la dignidad de la persona para lograr que esta última cuente con mayor autonomía y el aumento de libertades de elección.

Lo anterior permite reflexionar tres ejes torales inmersos que deben considerarse para el mejor diseño de las políticas y la asignación de recursos a través del gasto público como es el Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF), es decir, a) los sujetos de distribución, b) los objetos, y c) los criterios o mecanismos de distribución, como a continuación se tratan:²⁵

²⁴ Vázquez, Rodolfo, *op.cit* nota 13, p.111.

²⁵ Véase al respecto Dieterlen, Paulette, “Justicia distributiva, pobreza y género”,

1. SUJETOS DE DISTRIBUCIÓN

En este contexto, el estudio del primer elemento puede partir desde a) quien recibe algún bien o servicio, y b) quien tiene el deber de brindarlos. Así bajo la primer perspectiva, al variar la forma de apreciación de la persona misma se diversifican las respuestas de cumplimiento de derechos humanos a partir de la satisfacción de sus necesidades:²⁶

- i. Al referirse a la persona de escasos recursos e incapaz de decidir, se estima deben implementar políticas paternalistas.
- ii. Al considerarla como poseedora de utilidad partiendo de su ingreso y consumo, en este caso las acciones públicas tenderían a maximizar dicha utilidad.
- iii. Al valorar a la persona como fin y no como medio, ampliándose así diversidad de condiciones económicas y sociales, cuyas alternativas le permitan desarrollar su plan de vida.
- iv. Si se le aprecia desde la política pública como productor o para que pueda producir, primero debe tener sus necesidades básicas satisfechas, de ahí que deban recibir políticas asistenciales.
- v. Desde dos tipos de pensamiento; *liberal* al considerar propuestas igualitarias, donde se considere como aspecto de distribución tanto a los individuos como a los grupos sociales, valorando así su contexto tanto histórico como cultural, y desde el *comunitarista* el cual postula que el ser humano esté arraigado a culturas de grupos sociales y su identidad es a través de ellos, donde de igual forma cada comunidad puede tener diferentes formas de producir, redistribuir y consumir bienes y servicios.

Por tanto, la combinación entre diversas referencias es posible siempre que se atienda a un debido equilibrio para el cumplimiento de satisfactores con equidad.

Desde quién tiene el deber de cumplir dichos bienes o servicios:

Al respecto se presentan tres posturas, aquella que indica debe ser el Estado a través de sus instituciones por medio de políticas eficaces, la segunda donde el Estado se limita a brindar seguridad a las personas, y deben ser los propios particulares o empresas quien deban lograr la distribución de bienes y servicios por medio de la caridad. Y finalmente la tercera, que atiende a una combinación de ambas, pero donde el Estado en forma principal tiene el deber de desplegar acciones.

2. OBJETO DE DISTRIBUCIÓN

Son los propios derechos fundamentales, entre ellos los DESCAs, cuya eficacia depende del cumplimiento en forma principal de la obligación del Estado, atendiendo a los diversos parámetros que incluso el DIDH establece, y la persona no quede expuesta a la suerte de la naturaleza.

3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN

Consisten en los factores bajo los cuales, en forma objetiva, pública, transparente y eficaz habrá de lograrse la distribución, ello implica conocer los siguientes esquemas:²⁷

- a) Libertarismo; el Estado actúa en forma mínima, y es el mercado quien debe tener la obligación de lograr la distribución de bienes y servicios. Así las personas atendiendo a sus capacidades y habilidades deben contribuir y quien aporte más es quien debe recibir más.
- b) Liberalismo igualitario; pretende justificar pese a las notables características de las personas que las diferencian como pueden estas últimas consentir la distribución para lograr la igualdad a través del Estado con políticas coercibles.

²⁷ Dieterlen, Paulette, “*Justicia distributiva y derechos humanos*”, en Moreno-Bonett, Margarita, Álvarez De Lara, Rosa María (Coordinadoras), *El Estado laico y los derechos humanos en México: 1810-2010*, Tomo II, México, UNAM, 2012, pp.4-9.

Bajo esta teoría y ante diversas posturas teóricas igualitaristas, que atienden a múltiples criterios como;²⁸ bienes primarios, necesidades, preferencias o una cuestión mixta, a continuación, se hace referencia a dos referencias doctrinales de justicia distributiva:

- a. Por un lado, la sostenida por Jhon Rawls quien propone²⁹ que para lograr una sociedad justa es necesario atender dos principios: i. que cada persona tenga el esquema más amplio de libertades básicas compatible con uno similar de libertades para todos, ii. las desigualdades sociales y económicas deben cumplir dos condiciones: 1. beneficiar en mayor grado a las personas menos favorecidas de la sociedad, 2. la adscripción a cargos y posiciones accesibles a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades. Así bajo este enfoque las personas deben encontrar satisfechos los bienes primarios, —las cosas deseadas en forma racional para que de manera suficiente permitan lograr exitosamente sus intenciones— tales como son: i. las libertades básicas, ii. la libertad de movimiento y de elección de ocupación sobre un trasfondo de oportunidades diversas, iii. los poderes y prerrogativas de cargos y posiciones de responsabilidad, particularmente de las principales instituciones políticas y económicas, iv. ingreso y riqueza, así como v. las bases sociales del respeto de sí mismo.
- b. Por otra parte, Amartya Sen sostiene que las personas³⁰ al tener características fisiológicas, sociales, culturales y otras contingentes, presentan necesidades diferentes y lo que debe distribuirse son las capacidades, es decir, la libertad de elección de las personas respecto a diversas formas de vida y funcionamientos; los logros que puedan alcanzar al hacer o ser.

²⁸ Al respecto puede consultarse Dieterlen, Paulette, *La pobreza: un estudio filosófico*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013, pp.55-85.

²⁹ Véase al respecto Rawls, Jhon, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, pp.64-87.

³⁰ Véase al respecto Sen, Amartya, “Capability and Well-Being”, en Nussbaum, Martha, Sen, Amartya, *The Quality of Life*, New York, Oxford, 1993, pp.30-50.

Por tanto, bajo el liberalismo igualitario se pretende superar el aspecto utilitarista sostenida por la teoría libertaria, al incluir aspectos de equidad en las políticas públicas, para ello resulta de gran importancia la combinación idónea de los criterios; por bienes primarios sobre todo en aspectos de desigualdad extrema, y por otra parte el de capacidades para reducir la inequitativa desigualdad de oportunidades.

En este sentido los bienes y servicios públicos con los cuales habrán de cumplirse los DESCAs, al requerir de respaldo económico, se tratan de servicios sociales financiados, de ahí la importancia que los recursos económicos sean distribuidos en forma equitativa a través del PEF por la Cámara de Diputados quien es el ente competente para realizar dicha aprobación.

De esta manera, resulta de vital importancia identificar que los diversos criterios nacionales e internacionales de derechos humanos deben cumplirse en el ejercicio del diseño, aprobación y ejecución de la facultad legislativa respecto a la política presupuestaria — donde la aplicación de los referentes teóricos distributivos resultan relevantes— empero, la indebida distribución presupuestal para financiar los bienes y servicios con los que se deben cumplir los derechos de las personas, puede traer consigo la violación de estos últimos por la negativa de brindarles acciones públicas o al implementarlos se realicen con carencias en calidad y cobertura idónea.

Sin duda, las causas de la indebida distribución del presupuesto público, acontece por tres modalidades:

1. La injustificada distribución del PEF

La aprobación que la Cámara de Diputados realice del presupuesto sin seguir los criterios de derechos humanos, puede presentarse por acción u omisión, en el primer caso al determinar con toda intención que instituciones o programas recibirán financiamiento, pudiendo no asignar o reducir los recursos económicos alterando la idoneidad de la funcionalidad de bienes y servicios a cargo de los entes públicos.

Respecto a la segunda causa, al guardar silencio en forma total o parcial respecto a la asignación de dinero, pudiendo acontecer así la inconstitucionalidad por omisión legislativa, es decir, “el incumplimiento de un mandato de legislar, el cual debe referirse a una norma que requiera desarrollo o adecuación legislativa y que ante la ausencia de su cumplimiento se genere una violación a la constitución”³¹. Así atendiendo a la omisión absoluta y relativa aunado a las competencias obligatorias, puede derivar la siguiente clasificación:³² a) Absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho; b) Relativas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo el mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente.

2. La existencia de subejercicios económicos

Este acontece al no ejercer los recursos económicos asignados en el plazo respectivo de manera que se reasignan a otros fines, pudiendo presentarse por acción u omisión administrativa en todo ente público, pues más allá de las facultades formales que tienen asignados conforme a los objetivos de la división de poderes, resulta imprescindible el apropiado ejercicio de facultades materiales administrativas respecto a la riqueza proporcionada y el despliegue de bienes y servicios eficaces.

3. Al contarse con recursos económicos no se asegure resultados de satisfacción de derechos humanos

Se refiere a la falta de obtención del mayor grado de eficacia de los derechos humanos por los entes públicos al ejercer los recursos económicos asignados. En este sentido es necesario valorar:³³ que

³¹ Rangel Hernández, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, México, Porrúa, 2009, p.67.

³² Cfr. Tesis: P./J. 11/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p.1527.

³³ Cfr. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Haciendo realidad los derechos humanos a través de los presupuestos gubernamentales*, Nueva York y Ginebra, 2017, pp.125-127.

pueden existir ahorros de recursos respecto al financiamiento para satisfacer derechos en los que sea posible, cada nivel de gobierno debe asumir su responsabilidad de cumplir con sus obligaciones respecto a los derechos humanos, uso eficiente de recursos económicos, y la posible dificultad de identificar el cumplimiento de deberes respecto a los derechos de las personas al ejercer recursos fuera del presupuesto.

Por tanto, el financiamiento de las políticas que el Estado debe realizar para satisfacer los derechos fundamentales a su cargo debe contar con una perspectiva de derechos humanos, para lograrlo resultan oportunos los referentes teóricos de justicia distributiva a fin de lograr un mejor reparto equitativo de la riqueza, superar la discrecionalidad, así como obsoletas maneras de valorar la juridicidad que limitan la eficacia de los derechos de las personas.

IV. JUSTICIABILIDAD DE LOS DESCÁ A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO

La negativa o deficiencia por acción u omisión de los servicios bajo los cuales deben efectivarse los derechos fundamentales a cargo del Estado, ha derivado que las personas activen las garantías o instrumentos para que los derechos insertos en las normas jurídicas sean materializados por el impulso de entes en funciones de guardián constitucional.

Entre la diversidad de garantías existentes en México³⁴, el juicio de amparo constituye el medio procesal correctivo bajo el cual toda persona en forma individual o colectiva puede exigir el cumplimiento de sus derechos fundamentales conforme a los estándares más amplios insertos en el actual bloque de constitucionalidad.

³⁴ 1.- El juicio de amparo, 2.- La declaratoria por parte del Senado de que ha llegado el caso de nombrar un gobernador provisional, 3.- La competencia del Senado para resolver en los términos de la fracción VI del artículo 76 constitucional, las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de una entidad federativa, 4.- La facultad

La discusión de los DESCAs a través del juicio de amparo comenzó a discutirse en sede judicial en la última década del siglo pasado llegando a emitirse sólo 10 sentencias al respecto, en forma importante tomaría impulso en la primera década de este siglo aumentando a 126, no obstante, la reforma constitucional en derechos humanos a facilitado su debate llegando a registrarse a la fecha 638 decisiones al respecto³⁵, lo que permite a México posicionarse como cuarto país en América Latina sólo después de Colombia, Argentina y Costa Rica en la emisión de fallos.

En este contexto, en el país se han discutido en mayor grado casuísticas individuales comparadas con asuntos colectivos, pero en todo caso los derechos analizados en sentencias permiten identificar pronunciamientos en orden descendente respecto:³⁶ a) a trabajo y derechos laborales, b) salud, c) seguridad social, d) protección y asistencia a la familia, e) derechos del consumidor, f) nivel de vida adecuado, g) medio ambiente sano, h) vivienda adecuada, i) educación, j) cultura, k) libre determinación de los pueblos indígenas y tribales, l) agua, m) alimentación, y n) derechos de los campesinos.

De esta manera, solo 336 sentencias han sido concesorias de protección y en 89 se han tutelado DESCAs en forma parcial. Así las medidas decretadas en las sentencias han variado en una o más reparaciones, pudiendo apreciarse la siguiente diversidad:³⁷ 436 tra-

de investigación ahora asignada a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, 5.- El juicio de responsabilidad política, 6.- La controversia constitucional, 7.- La acción de inconstitucionalidad, 8.- Y el ombudsman mexicano. Carpizo, Jorge, y Carbonell, Miguel, *Derecho Constitucional*, México, Porrúa, 2010, p.13.

³⁵ Al respecto puede consultarse, Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Portal de Sentencias de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales”, en <https://desc.scjn.gob.mx/grafica/sentencias-por-decenio> así como <https://desc.scjn.gob.mx/grafica/sentencias-aportadas-estados-miembro>.

³⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Portal de Sentencias de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales”, en <https://desc.scjn.gob.mx/grafica/derechos-economicos-sociales-culturales-y-ambientales>.

³⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Portal de Sentencias de Derechos

tándose de restitución, 187 respecto a indemnización, 110 relacionados a garantías de no repetición, 91 en materia de satisfacción, y 52 de rehabilitación.

No obstante a lo anterior, la activación de la garantía de amparo ha podido generar importantes pero aún limitados criterios por la SCJN respecto a los DESCAs para orientar la satisfacción de los mismos, al centrarse principalmente:³⁸ a) en la justiciabilidad a través del amparo, b) la protección desde el núcleo esencial atendiendo la dignidad y los deberes inmediatos de cumplimiento por el Estado, c) con referencia a dicho núcleo esencial, el cumplimiento progresivo, d) la no adopción de medidas regresivas salvo que supere el test

Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales”, en <https://desc.scjn.gob.mx/grafica/sentido-de-la-resolucion> y <https://desc.scjn.gob.mx/grafica/reparaciones-decretadas>.

³⁸ Tesis: (V Región) 5o.19 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 9, Agosto de 2014, t. III, p. 1731, registro digital 2007253. Tesis: 2a. CIX/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 12, Noviembre de 2014, t. I, p. 1190, registro digital 2007936. Tesis: 1a. CCXCII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 37, Diciembre de 2016, t. I, p. 379, registro digital 2013217. Tesis: 2a. XCII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, t. I, p. 842, registro digital 2012529. Tesis: 2a. XCI/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, t. I, p. 841, registro digital 2012528. Tesis: 1a. CXXII/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 46, Septiembre de 2017, t. I, p. 218, registro digital 2015131. Tesis: 1a. CXXIII/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 46, Septiembre de 2017, t. I, p. 220, registro digital 2015134. Tesis: 1a. CXXIV/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 46, Septiembre de 2017, t. I, p. 217, registro digital 2015130. Tesis: 1a. CXXV/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 46, Septiembre de 2017, t. I, p. 217, registro digital 2015129. Tesis: 1a. CXXVI/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 46, Septiembre de 2017, t. I, p. 219, registro digital 2015133. Tesis: 1a. CXXVII/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 46, Septiembre de 2017, t. I, p. 219, registro digital 2015132. Tesis: 1a./J. 86/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 47, Octubre de 2017, t. I, p. 191, registro digital 2015306.

de proporcionalidad, así como los tipos de medidas regresivas, y e) el deber del Estado de acreditar que frente a las limitaciones presupuestarias ha hecho uso del máximo de los recursos disponibles para adoptar las medidas necesarias.

Sin duda, los parámetros que caracterizan al recurso judicial efectivo existentes³⁹ y aplicables al actual diseño del juicio amparo en cada una de las etapas del derecho adjetivo de tutela judicial efectiva, permiten identificar entre diversos retos, el de la justiciabilidad de los DESCA y la distribución presupuestal para el financiamiento de las políticas públicas con los que se deben brindar bienes y servicios, y puedan cumplirse los derechos humanos⁴⁰, como se puede apreciar a continuación:

³⁹ Al respecto pueden encontrarse referentes tales como: que existan en sentido formal, su tramitación sea de manera sencilla, rápido, independiente e imparcial, resuelva de manera oportuna, completa y coherente las controversias de derechos humanos, aunado a la debida organización de la estructura gubernamental del poder público. Véase al respecto Corte IDH Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de enero de 2014, Serie C, No. 276, párrafo 31; Corte IDH Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de junio de 2015, Serie C, No. 293, párr. 314; Corte IDH Caso Duque Vs. Colombia, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2016, Serie C, No. 322, párr. 149; Corte IDH Caso Flor Freire Vs. Ecuador, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2016, Serie C, No. 315, párr. 199. Corte IDH Caso de los pueblos indígenas kuna de madungandí y emberá de bayano y sus miembros vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C, No. 304, párrafo 165; Corte IDH Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Fondo, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, No. 70 y 91, párrafo 191; Corte IDH Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71, párrafo 90; Corte IDH Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1998, párr. 166.

⁴⁰ Para mayor información puede consultarse al respecto: Martínez Regino, Roberto, “Los precedentes de los jueces en la discusión sobre el presupuesto público y derechos humanos en México”, en Ortega Maldonado, Juan Manuel y Martínez Regino, Roberto, (Coordinadores), *Derechos Humanos y Presupuestos Públicos*, México, UNAM-IIJ,

1. Respecto al acceso a la justicia y superación de los obstáculos procesales La impugnación intentada por los justiciables acontece en dos diversas maneras, la primera en forma directa, al debatir la acción u omisión de la indebida aprobación del PEF, la existencia de subejercicios económicos o en su caso por la falta de resultados en derechos humanos con la riqueza utilizada.

En cambio, la segunda consiste en forma indirecta al inconformarse los impetrantes respecto a la negativa o la falta de calidad y cobertura de bienes y servicios públicos con los cuales las personas pueden satisfacer sus derechos humanos.

En esta etapa, la principal controversia que puede apreciarse lo es la implementación de medidas cautelares, respecto a los recursos económicos que se pretendieran inmovilizarse o redirigirse, en medio de la discusión sobre el cumplimiento o no de la satisfacción de derechos fundamentales.

2. Emisión de sentencia fundada y motivada

Las decisiones que se emiten por el juzgador en impugnación directa tratándose de acciones legislativas, han sido en el sentido de la improcedencia del juicio de amparo, aduciendo que el PEF no es una norma jurídica⁴¹ y en realidad se trata de un acto de aplicación derivada de la ley de ingresos. Por otra parte, al pronunciarse respecto a la omisión legislativa inmersa en dicha aprobación del presupuesto, se sostiene la negativa concesoria de amparo⁴² debido

2018, pp.95-114., Martínez Regino, Roberto, “La protección de los derechos humanos y la inejecución de las sentencias de amparo por el indebido financiamiento de políticas públicas en México”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Nueva Época, Núm. 10, Enero-Junio 2019, pp.105-139., y Martínez Regino, Roberto, “La tutela judicial efectiva de los derechos humanos y el impulso de la distribución presupuestaria en México”, en Reyes Díaz, Carlos H., et., al. (Coordinadores), *Derechos Humanos y Políticas Públicas ante los nuevos retos sociales en México*, México, UNAM, 2021, pp.79-111.

⁴¹ Tesis: P./J. 23/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IX, Abril de 1999, p. 256, registro digital 194260, y la Tesis: P./J. 24/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IX, Abril de 1999, p. 251, registro digital 194259.

⁴² Tesis: P./J. 134/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, No-

a que el efecto relativo de la sentencia de amparo conforme ha sostenido la SCJN impide una distribución de la riqueza al implicar efectos *erga omnes*.

En cambio, tratándose de acciones u omisiones administrativas ante la existencia de subejercicios, al ya estar asignado el recurso económico al ente público, el juicio de amparo resulta idóneo para impulsar que se ejerza la riqueza económica en los objetivos correspondientes.

Finalmente, debido a la dificultad que implica lograr avances mediante la impugnación directa, o identificar subejercicios económicos, las personas están optando por activar dicha garantía por la denegación o deficiencia en la calidad de bienes y servicios públicos con los que se estiman violan sus derechos, obteniendo su protección de ser así procedente, pero sin estar inmerso en forma directa el tema de distribución presupuestal.

3. Ejecución de la sentencia

Al acontecer sentencias concesorias de amparo en el que se ordena a los órganos del Estado brindar determinados bienes y servicios a fin de hacer efectivos los derechos de las personas, se impulsan diversas actividades de los entes responsables, no obstante, al depender tales actividades de recursos económicos, si contaran con ellos se materializarán las políticas públicas pero de acontecer lo contrario su ejecución se prolongará en el tiempo conforme le sean asignados mayores recursos económicos para cumplir el mandato de amparo.

Por tanto, si bien acontece en forma importante la justiciabilidad de los DESCAs en sede judicial, el actual diseño del juicio de amparo no constituye un recurso judicial efectivo conforme a los actuales estándares de derechos humanos existentes a fin de tutelar los derechos controvertidos, impulsar políticas públicas y la distribución equitativa del presupuesto público en México, ello trae como con-

vena Época, t. XXVIII, Octubre de 2008, p.43, registro digital 168633, y la Tesis: IX.1o.5 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3, p.2620, registro digital 2004534.

secuencia perpetuar las causas de violación de derechos humanos y sus efectos.

V. CONCLUSIONES

La incorporación en forma expresa de los derechos sociales en la Constitución mexicana en 1917 fue innovadora en el mundo, sin embargo, al considerárseles erróneamente como programáticos trajo como efectos el retraso del debate teórico respecto a ellos, haciendo que su cumplimiento a través de políticas públicas se dilatará en el tiempo y en consecuencia se les negara efectividad.

Por otra parte, las diversas problemáticas y rezagos sociales que acontecen en la realidad mexicana aunado a los referentes normativos del bloque de constitucionalidad de derechos humanos han incentivado la reflexión de los DESCAs y su justiciabilidad en sede judicial a fin de lograr su eficacia.

En forma indudable la protección judicial de los DESCAs en México acontece a través del impulso de diversas medidas de salvaguarda a cargo de entes públicos en un número importante de sentencias concesorias de amparo emitidas, no obstante, pese a los intentos del justiciable de discutir por medio del juicio de amparo la distribución equitativa de los recursos económicos para financiar bienes y servicios con los cuales se puedan satisfacer los derechos humanos, continúa siendo un tema pendiente por los jueces en la actualidad, pues no basta con ordenar que se implemente determinada política que cumpla los derechos sino se atienden las causas de la indebida distribución y ejercicio de los recursos económicos con los cuales debe aplicarse aquella.

Finalmente lograr la eficacia de los DESCAs a través de la tutela judicial efectiva implica reflexionar los diversos elementos de la justicia distributiva, pues el impulso de la adecuada concepción que se tenga respecto a la persona y sus derechos, permitirá desarrollar los criterios de distribución idóneos para respaldar las políticas públicas aplicables. Para ello, es necesario actualizar el propio juicio de amparo a fin de superar

las limitaciones que presenta y pueda considerarse como una garantía idónea, pero de igual manera los jueces tienen el reto de pronunciarse respecto a la protección de los derechos controvertidos, así como al equitativo reparto y uso de la riqueza contenida en el presupuesto público con los que deben cumplirse las obligaciones de los órganos públicos.

VI. REFERENCIAS

1. BIBLIOGRAFÍA:

- Carpizo, Jorge, Carbonell, Miguel, *Derecho Constitucional*, México, Porrúa, 2010.
- Cruz Parceró, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
- Cruz Parceró, Juan Antonio, “Reflexiones sobre “Derechos sociales y desigualdad”, en Cerdio, Jorge, et.al (coordinadores), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, México, UNAM-IIJ-IECQ, ITAM, 2017.
- Courtis, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos sociales*, México, Fontamara, 2009.
- Dieterlen, Paulette, “*Justicia distributiva y derechos humanos*”, en Moreno-Bonnett, Margarita, Álvarez De Lara, Rosa María (Coordinadoras), *El Estado laico y los derechos humanos en México: 1810-2010*, Tomo II, México, UNAM, 2012.
- Dieterlen, Paulette, *La pobreza: un estudio filosófico*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Los DESCAs en la Corte Interamericana y su trascendencia para el poder judicial mexicano”, en Courtis, Christian (Coordinador), *Manual sobre justiciabilidad de ellos derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2011.
- Hoyos Castañeda, Ilva Myriam, “Los derechos humanos en una época de crisis”, en Saldaña Serrano, Javier, *Problemas actuales sobre derechos humanos*, México, UNAM-IIIJ, 2017.
- Massini Correas, Carlos I., “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, en Saldaña Serrano, Javier, *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, México, UNAM-IIIJ, 2017.
- Martínez Regino, Roberto, “Los precedentes de los jueces en la discusión sobre el presupuesto público y derechos humanos en México”, en Ortega Maldonado, Juan Manuel y Martínez Regino, Roberto, (Coordinadores), *Derechos Humanos y Presupuestos Públicos*, México, UNAM-IIIJ, 2018.
- Martínez Regino, Roberto, “La tutela judicial efectiva de los derechos humanos y el impulso de la distribución presupuestaria en México”, en Reyes Díaz, Carlos H., et., al. (Coordinadores), *Derechos Humanos y Políticas Públicas ante los nuevos retos sociales en México*, México, UNAM, 2021.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Haciendo realidad los derechos humanos a través de los presupuestos gubernamentales*, Nueva York y Ginebra, 2017.
- Margalit, Avishai, *La sociedad decente*, España, Paidós, 2016.
- Rangel Hernández, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, México, Porrúa, 2009.
- Rawls, Jhon, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- Sen, Amartya, “Capability and Well-Being”, en Nussbaum, Martha, Sen,

- Amartya, *The Quality of Life*, New York, Oxford, 1993.
- Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-IJ, 2017.
- Ordenamientos nacionales e internacionales:
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Convención para la Protección de los trabajadores migrantes y sus familias.
- Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Declaración E/C. 12/2007/1 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 21 de septiembre de 2007.
- Documento de avance sobre las normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador.
- Observación General Número 3 emitida por el Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales.
- Observación General Numero 9 emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Huma-

nos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”.

2. REFERENCIAS DE INTERNET:

CONEVAL, “Medición de la pobreza”, www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx, consultado el día 01 de febrero del 2022.

INEGI. “Población”, en: <http://www.inegi.org.mx/temas/estructura/>, consultado el día 01 de febrero del 2022.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Portal de Sentencias de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales”, en <https://desc.scjn.gob.mx/grafica/sentencias-por-decenio> <https://desc.scjn.gob.mx/grafica/sentencias-aporadas-estados-miembro>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Portal de Sentencias de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales”, en <https://desc.scjn.gob.mx/grafica/derechos-economicos-sociales-culturales-y-ambientales>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Portal de Sentencias de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales”, en <https://desc.scjn.gob.mx/grafica/sentido-de-la-resolucion> y <https://desc.scjn.gob.mx/grafica/reparaciones-decretadas>.

3. REVISTAS:

Dieterlen, Paulette, “Justicia distributiva, pobreza y género”, *Revista de Filosofía open Insight*, vol.5, N° 8 (julio 2014).

Martínez Regino, Roberto, “La protección de los derechos humanos y la inejecución de las sentencias de amparo por el indebido financiamiento de políticas públicas en México”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Nueva Época, Núm. 10, Enero-Junio 2019.

4. SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

Corte IDH Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1998, párr. 166.

Corte IDH Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Fondo, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, No. 70 y 91.

Corte IDH Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71.

Corte IDH Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de enero de 2014, Serie C, No. 276.

Corte IDH Caso de los pueblos indígenas kuna de madungandí y emberá de bayano y sus miembros vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C, No. 304.

Corte IDH Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de junio de 2015, Serie C, No. 293.

Corte IDH, *Caso Gonzales Lhuy y otros vs. Ecuador*. Serie C Núm. 298, emitida el 1 de septiembre del 2015.

Corte IDH Caso Duque Vs. Colombia, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2016, Serie C, No. 322.

Corte IDH Caso Flor Freire Vs. Ecuador, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2016, Serie C, No. 315.

Corte IDH, *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Serie C Núm. 340, emitida el 31 de agosto del 2017.

Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.

5. TESIS, JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

Tesis: (V Región) 5o.19 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 9, Agosto de 2014, t. III, p. 1731, registro digital 2007253

Tesis: 2a. CIX/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 12, Noviembre de 2014, t. I, p. 1190, registro digital 2007936.

Tesis: 1a. CCXCII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 37, Diciembre de 2016, t. I, p. 379, registro digital 2013217.

Tesis: 2a. XCII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, t. I, p. 842, registro digital 2012529.

Tesis: 2a. XCI/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, t. I, p. 841, registro digital 2012528.

Tesis: 1a. CXXII/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 46, Septiembre de 2017, t. I, p. 218, registro digital 2015131.

Tesis: 1a. CXXIII/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 46, Septiembre de 2017, t. I, p. 220, registro digital 2015134.

Tesis: 1a. CXXIV/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 46, Septiembre de 2017, t. I, p. 217, registro digital 2015130.

- Tesis: 1a. CXXV/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 46, Septiembre de 2017, t. I, p. 217, registro digital 2015129.
- Tesis: 1a. CXXVI/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 46, Septiembre de 2017, t. I, p. 219, registro digital 2015133.
- Tesis: 1a. CXXVII/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 46, Septiembre de 2017, t. I, p. 219, registro digital 2015132.
- Tesis: 1a./J. 86/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 47, Octubre de 2017, t. I, p. 191, registro digital 2015306.
- Tesis: P./J. 11/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p.1527.
- Tesis: IX.1o.5 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3, p.2620, registro digital 2004534.
- Tesis: P./J. 134/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVIII, Octubre de 2008, p.43, registro digital 168633.
- Tesis: P./J. 24/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IX, Abril de 1999, p. 251, registro digital 194259.
- Tesis: P./J. 23/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IX, Abril de 1999, p. 256, registro digital 194260.

DERECHOS HUMANOS Y LITERATURA¹

Humberto Rosas Vargas²

I. REFLEXIÓN INICIAL

La aproximación crítica a la globalización implica entenderla como un proceso excluyente caracterizado por la apertura obsesiva de las fronteras económicas, la desintegración identitaria y la formalización discursiva de una ideología hegemónica a través de la postulación del pensamiento único, merced a lo cual todo otro referente es sacrificable en el altar de la razón isonómica, enunciativa y calculadora.³ En la época de la tecno-ciencia la humanidad ha incurrido en un nuevo olvido de su condición primigenia; el dato inicial de la pluralidad —particularmente lo humano y los recursos planetarios—, se presenta como una referencia prescindible en esta expresión procedimental de la auto-alienación colectiva la cual se traduce, epistémicamente, en la cristalización de los conceptos y, ontológicamente, supone la petrificación de la existencia.

En este contexto, la impronta multidisciplinaria del derecho exige el ejercicio de la vocación dialógica entre saberes hermanados por un propósito común: recuperar a toda costa lo humano; recuperar y superar el registro discursivo-operativo tradicional de la

¹ Ponencia presentada en el Congreso “Debates Internacionales sobre la eficacia de los derechos humanos en la globalización” el día 9 de junio de 2021. Dedicada a Sofia.

² Maestro en Derecho Constitucional y Amparo por el Colegio Holandés; Jurista y filósofo por la Universidad Nacional Autónoma de México; Co-coordinador Académico del Congreso Filosofía, Arte y Derecho (FIARDE) con sede en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; Integrante del Consejo Académico de la Revista Crítica Jurídica Nueva Época; Juez del Registro Civil en la Ciudad de México.

³ Piñón Gaytán, Francisco, *Ética y modernidad en la era de la tecnociencia*, México, Grupo Editor Orfila Valentini, 2019, p. 44: “El *Leviathan* económico estaba listo para que sus tentáculos intentasen la globalización, incluso el Estado-nación había sido fundado con base en los individuos privados, no a partir de sus comunidades. El individuo se hallaba solo, a merced de las fuerzas del mercado”.

técnica jurídica para incidir, determinantemente, en el momento de su producción, en el acto definitorio de la interpretación y en la adjudicación como materialización de la justicia. La teleología de este registro hermenéutico reconoce a la alteridad como el dato inmediato de lo real, lo cual posibilita una re-configuración de apertura e inclusión para administrar justicia; para mirar, para sentir y respetar al otro, para vivir la vida. Esta expresión discursiva es una propuesta que busca incluir, curar, sanar: producir nuevos logos que expresen el *ethos* de lo común. Pensar la razón otra, sentir las afecciones del cuerpo y admirar la figuralidad del gesto humano en lo sublime de su palabra.

Se advierte que la narrativa fundante del sistema normativo hegemónico comienza con un sintagma el cual se presenta como signo inequívoco de la *mitología y de la ficcionalidad jurídicas*⁴: “*la palabra, la voz de la polis moderna, es posesión exclusiva de los jueces*”. Sin embargo, cierta genealogía estética del derecho muestra que el *jurós*, el límite, de ese logos es el *ethos* integrado por las expresiones práxico-discursivas de los operadores jurídicos: los jueces mismos, los postulantes, los catedráticos y, claro, lo estudiantes.

La perfección silogística es un desideratum presente en la mente de los Prometeos modernos quienes *hacen* justicia a partir de la imaginación y de la razón poética con mayor frecuencia de la que estarían dispuestos a admitir. La erudición inquieta del *retor* reconoce una diferencia entre persuasión y convicción que implica la inclusión, con la misma jerarquía, tanto de la razón como de las

⁴ Correas Vázquez, Óscar, *Razón, retórica y derecho. Una visita a Hume*, México, Ediciones Coyoacán; Suplementos de Crítica Jurídica, 2009, pp. 63 y 64: “[...] Kelsen [...] regresó a la antigua concepción de Vaihinger sobre las ficciones. Según este último, tal como lo entiende Kelsen, las ficciones pertenecen al mundo del «como si» [...] La ficción es, finalmente, una falsedad [...] Kelsen dice que la mente humana tiene la tendencia a no conformarse con los datos de la experiencia y a saltar por encima de ellos, *creando poderosas ficciones que constituyen nuestra ideología*. Si agregamos la idea del fetichismo de Marx, tendríamos ficciones que se imponen a nuestra mente a pesar de ser creación de ella”. Las cursivas son mías.

pasiones en la integración de las decisiones y resoluciones judiciales. Claro, debe advertirse la plausibilidad de un cierto paradigma, el cual impugna la normalidad formalista excluyente al postular la relevancia de la razón dialógica y poética ante la razón utilitaria y enunciativa que calcula costos y beneficios. Acaso una visión disruptiva, estética, es aquella que mira al juez como “*poeta y artesano de la justicia*” con estas *dos vías*, igualmente legítimas y transitables, para dar cuenta de la discursividad jurídica.

Las presentes líneas invitan a considerar diversas miradas relativas a lo normativo dado reconociendo su legitimidad y plausibilidad en el “polemos” discursivo. Si “*la pintura habla y la palabra pinta*”, habrá de buscarse que la sabiduría extática del juez y el postulante aprenda de la *theios moira* y de la imaginación creativa del arte; que recuerde, con emoción, la vocación de *zêthesis* y *thauma* de la filosofía. Los seres humanos sentimos, amamos, proyectamos fines: somos seres teleológicos. La filosofía y el arte le hablan con ternura al derecho y le recuerdan la congruencia práxica del arrojamiento para hablar y decir la verdad: anamnesis para ejercer la *parresía*. Qué mayor acto poético que la indagación, la búsqueda de la verdad jurídica y su deconstrucción en la hermosa multiplicidad de la *palin-tropos jarmonía* de Heráclito; qué mejor expresión de la *aísthesis* que la caracterización de la justicia como acto ético de parresía. Escuchamos a Bartleby: *preferiría no!!!* Recordamos el fragmento 123 de Heráclito de Éfeso: “*φύσις κρύπτεσθαι φιλεῖ*” —*La physis ama esconderse*. Nos dice Hesíodo a través de las musas: “*Nosotras sabemos decir muchas mentiras parecidas a verdades pero también, cuando queremos, sabemos decir la verdad*”.⁵ Escuchamos a Heidegger en la mostración; escuchamos a

⁵ Jaeger, Werner, *La teología de los primeros filósofos griegos*; trad. José Gaos, México, Fondo de Cultura Económica, 2003 (1952), p. 17: “Nos cuenta cómo se le aparecieron a él, Hesíodo, las Musas mientras guardaba sus ovejas, al pie del Monte Helicón, y cómo le dieron el báculo del rapsoda en señal de que su misión debería ser la de cantor. Aquí está ya claramente expresada la nueva aparición de lo subjetivo. Pero esta aparición también entraña una nueva responsabilidad. Las Musas dicen a Hesíodo:

Pier Paolo Pasolini: “*Siamo tutti in pericolo*” Filosofía, arte y derecho: qué peligrosa, qué seductora y hermosa relación. Pero habremos de recordar las palabras de Platón, Hölderlin y Heidegger: “*En medio del peligro está también la salvación*”.

II. FILOSOFÍA, ARTE Y DERECHO: UNA PELIGROSA Y SEDUCTORA RELACIÓN.

El entrecruzamiento entre filosofía, arte y derecho se expresa como una singular y seductora relación caracterizada por el peligro. Platón, Hölderlin, Heidegger y Pasolini coincidían en sintagmas comunes: “*Todo lo grande está en peligro*”; “*En medio del peligro está lo que nos salva*”; “*Todo lo grande crece en medio de la tempestad*”; “*Todos estamos en peligro*”. Estas son ideas que se vinculan con las imágenes epocales de mundo y sus modos de vida cotidiana caracterizados, con frecuencia, por sus ropajes, sus vestiduras y sus disfraces. Y habrá que decirlo como sintagma inicial: la experiencia extática del artista descripta la *estética del ocultamiento* supuesta en el *ropaje de racionalidad* de la normalidad discursiva de esta sociedad tardo-moderna.

Quisiera detenerme en esta signatura: la *estética del ocultamiento*. Trátese de un tema en el cual reconozco dos influencias concretas: Enrique Hülsz Piccone y Óscar Correas Vázquez; el primero, con su *dialéctica del ocultamiento* y el segundo, con su profunda reflexión expresada en “*Razón retórica y derecho*”. Este último registro se encuentra en las siguientes líneas del padre de la *Crítica Jurídica*:

“[Hume H.R.V.] muestra las verdaderas raíces irracionales y pasionales del derecho. Su radical *politicidad*. Esto es, su carácter de

«Sabemos cómo decir muchas cosas falsas que suenan como verdades; Pero también sabemos cómo expresar la verdad cuando lo preferimos». Evidentemente, Hesíodo siente que aquí va más allá que los poetas anteriores; pues pretende decir la verdad acerca de aquellos seres de que más difícil es saber algo, de los dioses mismos”. Se prefigura aquí un aire de familia entre *Teogonía* B27 y diversos *acusmata* pitagóricos así como ciertos fragmentos heraclíteos.

instrumento de ejercicio del poder en una sociedad dividida en clases irremediabilmente antagónicas [...] Y es que *es una característica específica del poder, su propio ocultamiento*: el poder —quien lo tiene— se oculta: *aparece como su contrario, como consenso, como no arbitrario* [...] Y el derecho, no debería caber duda, *es un instrumento del poder: quien tiene el poder, dice el derecho, y reproduce su poder porque lo consigue hacer obedecer*”.⁶

La estética del ocultamiento expresa la eficacia política del sentido ideológico del derecho; el encubrimiento de lo relevante para concentrarse en la forma jurídica; el regodeo en la apariencia que es ciego al signo de la explotación, la violencia y la exclusión de la modernidad. Esta signatura se vincula directamente con temas de la filosofía del derecho y de la filosofía política contemporáneas, particularmente con el gran tema de la producción del saber: de los saberes autorizados y los saberes sometidos. También, con la legitimidad de esos saberes en el “polemos” discursivo, en el tema de la esencia y la apariencia. En esta última veta, la estética del ocultamiento es un modo otro de nombrar la fetichización, la ficcionalidad, la mitologización y la mirada aurática que a dos mil años de sus versiones arcaicas sigue insistiendo en el sentido único, en la interpretación y en la producción uni-direccionales del derecho.

Este mundo es lo que hacemos de él. La palabra inicial, filosófica y poética, crea, inventa y otorga sentido. Ya Heidegger afirmaba que el hombre es configurador de mundo, el animal es pobre de mundo y la piedra es ausente de mundo. Juan David García Bacca, en *Invitación a filosofar según espíritu y obra de Antonio Machado* dice lo mismo de un modo distinto: “*El ojo que ves no es ojo porque tú lo veas; es ojo porque te ve/La cosa que ves no es cosa porque tú la veas; es cosa porque no te ve*”.⁷ Ese es el sentido de los versos de Stefan George en *La palabra*:

⁶ Correas Vázquez, Óscar, *Op. Cit.*, pp. 35 y 36. Las cursivas son mías excepto las de los términos *politicidad* y *consenso*.

⁷ García Bacca, Juan David, *Invitación a filosofar según espíritu y obra de Antonio Machado*, Barcelona, Editorial Anthropos, 1984 (1967), pp. 16 y 17.

“Ninguna cosa sea donde falta la palabra”. Y el sentido, también, de la prosa de María Zambrano: “Mas, si hay lugar en que el Ser se haga accesible, se abra, es la palabra”.

El pensamiento filosófico ofrece así, una caracterización del lenguaje como morada del ser; la palabra como lugar en que el ser se abre: *el logos como un lugar de apertura*. Poesía en acto; metáfora viva; descripción figurativa de lo real la cual, por virtud de la invención, la imaginación y la fantasía, disloca la contradicción a-dialéctica que niega la *palíntropos armonía*, la ruta de ida y vuelta, de los múltiples caminos a la vez. De este modo adviene la pertinencia de la metáfora para ejercer la ironía sobre la afirmación racionalista en el sentido de que los pensadores iniciales sólo hicieron *simple* literatura.

Basta una hoja de papel y un lápiz para incitar, para ejercer el acto transgresor que implica la *estética de la existencia*. Y si ello faltare, basta ejercer el deber de memoria propio del *retor* como un animal que sueña, como un *zoon logon exon*; animal, elocuente y persuasivo, que ríe y posee el verbo. Y así, de pronto, se han introducido tres grandes tópicos definitorios de esta línea de fuga que hermana al derecho con el arte y la filosofía: la *estética de la existencia*, la *estética del ocultamiento* y el *deber de memoria*, los cuales integran el gran tema de la *Genealogía estética del derecho*. Quiero concentrarme en la primera de estas firmas; en particular, en perceptos concretos: la imaginación, la metáfora, la fantasía y la catacresis como firmas para impugnar la fetichización y la mitologización del derecho. Todo lo cual implica la recuperación de la retórica no como un atributo de ornamento o decorativo del discurso producido en el foro judicial, sino de la retórica como elemento configurador del ethos en tanto praxis histórica, operante y efectivamente transformacional. Para recuperar una caracterización que se opone al logo-centrismo y la corrección argumentativa como actos definitorios y concluyentes del derecho pues estas categorías, aunque valiosas como condición

necesaria, son insuficientes al permanecer aún en la apariencia y en la superficie toda vez que piensan lo humano como un “algo” abstracto a-histórico y contra-fáctico.

Una de las líneas teóricas de la Filosofía de Derecho se concentra en el estudio de las razones y argumentos, plausibles y convincentes, para justificar las decisiones judiciales y los actos de autoridad administrativos; tal propósito representa un transitar del paradigma erístico entre ius-naturalismo y ius-positivismo al paradigma erístico entre retórica y teoría de la argumentación.⁸ En este registro específico, la discursividad jurídica expresa actos fundantes o normativos para construir o impugnar los paradigmas de lo políticamente instituido y lo normativo dado. Claro, el derecho es discursividad prescriptiva vinculante por la coacción, pero, además, es praxis de vida, es expresión efectiva de la *koinonía*. Desde la Grecia antigua, con la actividad de los *mitologoi sophiizomenoi*, los *teatrikos zigrafheas* y los filósofos, se enseñaba, como primera lección a partir de la búsqueda y el asombro, que la filosofía posee un carácter didascálico y aporético.

III. LAS SIGNATURAS IUS-FILOSÓFICAS DE LA TRADICIÓN PRESOCRÁTICA.

El pensamiento presocrático se remonta al siglo VIII A.C. Bajo esta denominación se incluyen pensadores cuya impronta ha caracterizado la invención de diversas firmas filosóficas y no pocas insti-

⁸ Correas Vázquez, Óscar, *Op. Cit.*, pp. 68 y 69: “El derecho, *producto de la voluntad de poder*, entonces, no tiene nada que ver con la razón. No es un objeto propio de la razón. Aunque cabe la pregunta acerca de la argumentación jurídica: ¿le cabe a la retórica *ser racional?* y la respuesta es *no*. No cabe que el discurso forense, destinado a mover la voluntad del juez, sea racional. el discurso jurídico hermenéutico, no es verdadero ni falso, aunque a quienes buscan la interpretación única y correcta les encantaría que lo fuese. Y el discurso forense argumentativo, tampoco es ni verdadero ni falso, a menos que fuese un ejemplo de encadenamiento lógico de enunciados. Pero si precisamente la argumentación forense es motivo de discusión y análisis es porque difiere en algo del discurso lógico”

tuciones jurídicas. De tal suerte que encontramos en esta expresión arcaica la validación de un ejercicio hermenéutico ius-filosófico concreto: la genealogía estética del derecho.

Es conveniente mencionar cinco signaturas específicas de esta tradición. Así, la presocrática se integra por los mitologoi sophizomenoi, por los teatrikos zigrafeas, por los cosmologoi, los physiologoi y los ontologoi. Y aún se admite una distinción más entre la periphyseos jistoría y la ontología. Lo anterior es relevante porque la expresión arcaica de la palabra inicial fue poético-filosófica antes que normativa. La ensoñación de la imaginación creadora y el rigor del pensamiento filosófico caminaron de la mano y fueron transmitidos, habitualmente, como enseñanzas didascálicas en su forma estilística versificada.

Así, el registro literario de términos como *persuasión* y *nomos* existía ya en la *Iliada* y la *Odisea* homéricas; el registro filosófico de voces como justicia y logos existía en los fragmentos heraclíteos. Aquí algunas imágenes que permiten demostrar la falsedad histórica y doxográfica de ciertas tradiciones que niegan la plausibilidad del vínculo epistémico entre filosofía, arte y derecho. En *Iliada* 131 y 132, Agamenón responde a Aquiles: “μη δ’ οὕτως ἀγαθός περ ἐὼν θεοείκελ’ Ἀχιλλεῦ κλέπτε νόω, ἐπεὶ οὐ παρελεύσεται οὐδέ με πείσεις” —“No por bravo, ¡oh Aquiles deiforme!, me ocultes qué piensas porque no has de poder engañarme ni aún persuadirme”. En la presocrática existen diversos registros de peithos, —persuasión—, desde el siglo VIII a.C. con Homero y en el siglo V a.C. con Parménides. *Iliada* 132 introduce el reclamo de Agamenón a Aquiles en el sentido de que “no podrá engañarlo ni persuadirlo”. Y en el *periphyseos* se presenta la imagen de la persuasiva verdad. Ambos llamados constituyen un antecedente estético-filosófico de la retórica con fuertes resonancias jurídicas. En este sentido, la tradición presocrática ofrece un registro, por original, de mayor amplitud que la tradición latina.

IV. IMPRONTA CRÍTICA DE LA TRADICIÓN LITERARIA

Cierta tradición ha reproducido, como práctica inveterada, que el orden establecido implica un sintagma irrefutable y una sentencia inapelable. Tal caracterización del derecho evidencia un a-priori, que se pretende estático e inmutable, por el cual se advierte la presentación erística de un sofisma moderno: *el estado actual de las cosas no puede —ni debe— cambiar*. Lo primero implica un examen, una constatación, en el mundo de los hechos; lo segundo, implica una ideología política expresada como petición de principios. Hay dos datos que se presentan como lo *inmediato* en la teoría del derecho: a) las normas jurídicas carecen de referente en la realidad fáctica y b) todo enunciado —descriptivo o prescriptivo—, es refutable.

Es plausible una breve digresión sobre el tópico: los enunciados descriptivos y prescriptivos pueden ser impugnados. El discurso descriptivo se impugna en su valor de verdad o falsedad; el enunciado prescriptivo se impugna en su validez y eficacia.⁹ Si el criterio de impugnación del enunciado descriptivo es procedente, la conclusión es la falsedad del mismo. Si el criterio de impugnación del enunciado prescriptivo es procedente, la conclusión es la in-observancia y la des-obediencia. Existe una gran reflexión relativa a estos modos de desobediencia que desborda los alcances del presente artículo; sin embargo, es pertinente al menos mencionarlos: trátase de la acción de la desobediencia civil, la acción de la protesta social y la acción revolucionaria.

De lo expuesto, se colige que no hay el menor argumento para sostener que el *status quo* no puede ni debe cambiar, sobre todo si ello implica la continuidad, la normalización y la invisibilización

⁹ Correas Vázquez, Óscar, *Op. Cit.*, p. 68: “Esto es tanto como adelantar la diferencia entre descripciones y prescripciones. Las primeras, como se dice frecuentemente, son o verdaderas o falsas; las segundas no tienen esa posibilidad. Y el derecho corresponde, no hay duda, con las segundas; se trata de un discurso que no puede ser ni verdadero ni falso. Por tanto, no tiene nada que ver con la razón. No es objeto de la razón o entendimiento”.

de la miseria, la violencia y la muerte; y la experiencia estética de la literatura ya ofrecía un registro anticipado de este criterio. Me concentraré en una imagen concreta: la impronta de los cuentos de caballerías, en particular del Amadís de Gaula, cuya lectura dinamitó el “buen juicio” de Alonso Quijano, permite caracterizar su transmutación en Don Quijote de la Mancha como verdadero acto de alquimia, como expresión radical de la Moira literaria. La versión idealizada del Ingenioso Hidalgo, de su corcel Rocinante y de su imaginada amada Dulcinea contrastan con el hombre medio que veía molinos de viento donde el héroe combatía gigantes. Sancho Panza, es retratado, en su medianía, como un excelso juez de la ínsula Barataria, impartiendo, desde entonces, resoluciones sobrias y a la vez magníficas las cuales enervaban la presunción de inocencia más allá de toda duda razonable. Hermoso acontecimiento literario asequible por el placer del texto: el hombre medio, alejado del paradigma de la edad heroica, en singular caracterización moderna del *oikodespotés* y el *pater familias*, produciendo la palabra del derecho en actos, simpáticos y populares, de justicia. Un registro literario, bello y erudito, de los derechos humanos que, insospechadamente, se encuentra en esta obra cumbre de la literatura universal, oda a la facultad creativa, a la invención poética y al imperio de la fantasía sobre el desierto de lo real.

Sobre este punto puede abundarse tanto como el tiempo, la imaginación, la curiosidad y el gusto literario le permitan al lector. La impronta irónica la encontramos, como una constante estilística, en la tradición clásica hispanoamericana con *Ocho comedias y ocho entremeses* del propio Cervantes; *La farsa del abodago Patelín*; *Discordia y cuestión de amor* de Lope de Rueda; *Los locos de Valencia* de Lope de Vega; y *La verdad sospechosa* de Juan Ruíz de Alarcón.

En el prólogo al lector de sus *Entremeses*¹⁰, Cervantes ratifica un sintagma que ya se ofrecía en Aristóteles: la comedia representa “las imaginaciones y los pensamientos escondidos del alma”. Es decir, la comedia es el recurso estilístico que *trae a presencia lo oculto*¹¹; el género teatral, literario, que por medio de la ironía, desnuda y exhibe las peores características de los seres humanos. La comedia exhibe un defecto del ethos a partir de un momento concreto en el que la *hybris* borra todo juicio racional y lo vuelve prescindible. Y es en este momento catártico¹² en el cual el arte se erige como *deber de memoria* para erradicar la nostalgia racionalista de la visión aurática del derecho.

Vale decir que hay dos excesos discursivos en los cuales incurren frecuentemente los juristas que viven encerrados en el sueño dogmático de su propia auto-alienación: el primero es desconocer el carácter primigenio de la palabra inicial al exigirle cierta legitimidad para desplegar su vocación dialógica y erística; el segundo, pensar lo jurídico a partir de las fantasmagorías de su propia narrativa clausurante integrada por mitos, ficciones y fetichizaciones los cuales adoptan el ropaje de racionalidad.

¹⁰ Cervantes Saavedra, Miguel de, *Los entremeses*, Madrid, Gaspar y Roig Editores, 1868.

¹¹ Sobre la relevancia filosófica de este ejercicio literario véase Bruno, Giordano, *Las sombras de las ideas (De umbris idearum)*; trad. Jordi Raventós, Madrid, Ediciones Siruela, 2009, pp. 46 y 47 : “[...] no me refiero a la sombra que aparta de la luz, sino a la que conduce a la luz, que, si bien no es la verdad, sin embargo, proviene de la verdad y a ella se aproxima; y, por tanto, no creas que consiste en el error, sino en la *ocultación* de lo verdadero”. Las cursivas son mías.

¹² Girard, René, *Literatura, mimesis y antropología*; trad. Alberto L. Bixio, Barcelona, Editorial Gedisa, 1984, pp. 130 y 131: “En su *Poética* Aristóteles emplea la palabra *catarsis* para designar el efecto que ejerce la tragedia en los espectadores. La palabra significa tanto purificación religiosa como purga médica. En el interminable debate sobre la catarsis, muchos sostiene la opinión de que Aristóteles se olvidó de la acepción religiosa y hasta de la acepción médica del término y que inventó una catarsis puramente cultural, que debería interpretarse independientemente de cualquier otro modo, religioso o médico, de esa misteriosa operación”.

Otra imagen se encuentra en la poesía sonora de Erik Satie y la filosofía poética de Oscar del Barco. Entre la *Sonatina burocrática*¹³ e *Infierno*¹⁴ se expresa la crítica a la vacuidad ontológica y la irrelevancia epistémica de la sociedad tardomoderna. Recuérdese que merced a esta categoría de la vacuidad se da la trivialización de la alteridad a través de signaturas concretas: la inoperosidad involuntaria, la atrofia estructural, la anomia estatal, la cristalización de los conceptos y la petrificación de la vida cotidiana. Pero esto no siempre ha sido así. Y el arte implica un recordar justo en el límite en el que el derecho y la filosofía pierden la memoria.

La caracterización multidisciplinaria del saber jurídico, particularmente su entrecruzamiento con la filosofía y el arte, implica la *superación* de la apariencia que condena las expresiones de la alteridad epistémica y ontológica al rubro de lo insólito y del disparate. El ejercicio crítico se hace, habitualmente, con la literatura pero puede hacerse, también, con el teatro y la música. Recuérdense aquí las “indicaciones de carácter” que Satie insertaba en sus pentagramas. Recuérdese la comparación del autor de la *música de mobiliario* con Stravinski, el “gran pájaro”, que lo hacía mirarse como un “pez en el agua”, imagen retomada por Adorno en *Mínima Moralia*.

¹³ Satie, Erik, *Cuadernos de un mamífero*; ed. Ornella Volta, trad. M. Carmen Llerena, Barcelona, Acantilado, 2006, p. 63, particularmente el *Andante*: “Reflexiona sobre su ascenso/Tal vez obtenga un aumento/sin necesidad de ascender/Cuenta con trasladarse el próximo trimestre/ha echado el ojo a un piso/¡Ojalá ascienda o aumente!/ Nuevo sueño sobre el aumento”.

¹⁴ Barco, Óscar del, *Infierno. Poema*, México, Universidad Autónoma de Puebla-Escuela de Filosofía y Letras, 1977.

1. SIGNATURAS FILOSÓFICAS Y ESTÉTICAS DE LA ALTERIDAD

Las “indicaciones de carácter”¹⁵ de Satie, tan caras a la reflexión crítica como las “expresiones polares” de Heráclito son signaturas estético-filosóficas que posibilitan una praxis disruptiva de la enseñanza racionalista de la técnica. Trátese de recursos estilísticos para *hacer aparecer*, que *traen a presencia* lo oculto: la resolución armónica de la contradicción, en un caso y la presencia simultánea de la técnica, el gusto por el absurdo y el humor poético¹⁶, en el otro.

Se ha esbozado ya la importancia de la tradición griega, particularmente de la presocrática, en la configuración del ethos tardo-moderno. Es el momento propicio para profundizar sobre la gran proyección que tal caracterización adquiere con la genealogía estética del derecho.

1.1. LAS EXPRESIONES POLARES

Aquello que se presenta como lo inmediato, como lo dado, como donación, es, precisamente, la multiplicidad, la diversidad de lo real; y es la vocación epistémica del pensamiento filosófico la que busca dotarlo de sentido y de unidad. En este registro concreto,

¹⁵ Satie, Erik, *Op Cit*, p. 9: “Las supuestas «indicaciones de carácter» que Satie introducía en los pentagramas jamás tenían como objetivo la técnica del virtuoso, sino que trataban más bien de influir en su estado de ánimo. Es decir, por medio de expresiones inesperadas y desconcertantes («sobre terciopelo amarillecido»...«sin que el dedo se ponga colorado»...«como un ruiseñor con un dolor de muelas»...) pretendía *alterar el sistema de defensa racional de su intérprete* para despojarle con mayor facilidad de los prejuicios académicos que probablemente había adquirido y hacerle así más receptivo a los mensajes insólitos que debía confiarle”. Las cursivas son mías.

¹⁶ *Ibidem*, p. 131: “[...] Satie afinó aún más su vocabulario, elaborando minuciosamente las supuestas «indicaciones de carácter», donde el gusto por el absurdo convivía con el humor poético (*sobre terciopelo amarillecido, de dientes afuera, lacado como un chino...*). Poco a poco estas «indicaciones» iban a desarrollarse hasta adquirir la dimensión de breves relatos que, bajo la apariencia de sainetes, daban, en realidad, la clave de las alusiones musicales contenidas en las partituras correspondientes”.

el pensamiento griego ha ofrecido diversas caracterizaciones de la dialéctica. La sofística ofrece una imagen negativa de la dialéctica por la cual la contradicción permanece irresuelta. Y con Parménides lo que se postula es la cancelación de la contradicción, es decir, la negación de la dialéctica. Por ello, resulta sumamente relevante la imagen de Heráclito porque es el principal presocrático que, con sus aforismos gnómicos, recurre a las expresiones polares las cuales son el *recurso discursivo que introduce la dialéctica como método para resolver armónicamente la contradicción que implica la tensión de los opuestos*. Vale decir que los fragmentos gnómicos tienen un aire de familia bastante peculiar y remarcado tanto con las sentencias didascálicas de Hesíodo como con los acusmatas pitagóricos, cuestión que el lector puede constatar con la lectura de *Los trabajos y los días*, los *Versos áureos* y en el propio *Periphyseos heraclíteo*. Ello resulta relevante porque encontramos en Heráclito un ejercicio pleno del pensamiento para dar cuenta de lo real a partir de criterios objetivos que van más allá de la arbitrariedad, del azar, de lo aleatorio y que se vinculan con el logos como la ley cósmica de lo real y que lo gobierna todo con imágenes muy específicas del polemos, de la discordia y la armonía de los contrarios.

1.2. LAS “INDICACIONES DE CARÁCTER”

Satie era, a decir de Man Ray, el “único músico con ojos”¹⁷: un artista preocupado por trasladar la forma gráfica de la música a su oyente. Y esto fue imposible hasta que esa forma se hizo tiempo y espacio; hasta que se convirtió en vibración dirigida al cuerpo. Las metáforas sonoras de Satie implican la complicidad con su intérprete; un circuito comunicacional entre dos personas no desde el virtuosismo academicista sino desde la sensibilidad artística. He aquí algunos de estos imperativos estéticos:

¹⁷ Satie, Erik, *Op. Cit.*, p 8.

“Aconséjese atentamente
 Adoptar aire falso
 Caiga hasta el debilitamiento
 Como un animal
 Como un ruiñeñor con un dolor de muelas
 Como una suave petición
 Con convicción y una tristeza rigurosa
 Con mucha seriedad y una gravedad cortés
 Con un candor recatado pero conveniente
 Con un profundo olvido del presente
 De cuerpo
 De lejos y con aburrimiento
 Evite toda exaltación sacrílega
 La mano sobre la cabeza de su alma
 Lágrima en los dedos
Nocturnus
Paedagogus
 Postule usted mismo
 Seriamente pero sin lágrimas
 Sin que el dedo se ponga colorado
 Sobre terciopelo amarillecido
 Visible por un instante”¹⁸

¿Cuántas sentencias son sintagmas emitidos por una *cabeza sin mundo*; por un cuerpo vacilante, dudoso, temeroso de incumplir los estándares burocráticos de eficiencia o de puntualidad? ¿Cuántas veces, la racionalidad enunciativa y los estándares de prueba son sustituidos por la “muchísima seriedad y una gravedad cortés” o por “un candor recatado pero conveniente?”. En suma: ¿cuántas veces la adikia, la injusticia, se presenta como hybris, como exceso discursivo que se mira a sí mismo con ropaje de racionalidad?

¹⁸ Satie, Erik, *Op. Cit.*, pp. 67-74.

2. DISCURSO NORMATIVO EN CLAVE MULTIDISCIPLINARIA

Ernesto Grassi propuso la caracterización del *humanismo retórico renacentista*, singular categoría en la historia del pensamiento ius-filosófico que posibilitó la superación del dualismo entre discurso filosófico y discurso retórico. Y así el nomotetes, el dikastés, el poiétés y el filósofos se convirtieron en firmas concretas de la subjetividad a partir de las cuales se afirmó el hermanamiento entre filosofía y poesía: entre Moira y Diké. De esta manera, se recuperó un modo común de hablar; se comenzó a hablar, indistintamente, de *filosofía poética* y de *poesía filosófica*. Del humanismo retórico renacentista a la historia como sistema, la palabra poética recobró su estatuto como *Logos kronos protos*; la palabra en tiempo primero; la palabra inicial, histórica, transitoria, mudable, siempre sometida a examen; para eludir la petrificación de la contradicción a-dialéctica, estática, ineficiente e inmutable.

Por mucho tiempo la praxis jurídico-política se caracterizó por la barbarie: por el abuso de poder y la desintegración identitaria; por la normalización e invisibilización de la exclusión, la violencia y la muerte. Pero tenía que producirse la “inversión” de esta caracterización; una nueva gramática para que los derechos humanos recuperaran su impronta emancipatoria como praxis de vida y consolidarse como límite al ejercicio fetichizado del poder; en expresión normativa de las exigencias de la comunidad política. Y así, al asumir el carácter metamórfico de la realidad, se dio el transitar de los derechos humanos los cuales dejaron de ser metáfora de la versión mejor de lo humano; el transitar de simple desiderátum y aspiración a construcción práxico-discursiva eficiente y operante: estrategia discursiva para visibilizar la alteridad fundante; lo diverso, lo otro excluido y perseguido.

Cuando la zethesis impulsa a resolver el enigma de la Esfinge y el thauma adviene al percibir la breve mostración de la physis; cuando el ejercicio literario es más que goce estético; en suma, cuando en la

literatura se da el acontecimiento de la autoconciencia, la metáfora se hace presente.¹⁹ Resulta pertinente, entonces, traer a presencia una imagen poco recurrente: los derechos humanos como *mostración* de una versión de lo humano que se *oculta deliberadamente* en la normalidad excluyente caracterizada por la hipervelocidad, el sin lugar y el mundo administrado. Son la expresión normativa de un acontecimiento político que impugna la caracterización de lo humano como el nuevo paria de la sociedad tardomoderna. Expresión fidedigna de una visión de mundo al traer para sí la transitoriedad de lo que el hombre es, al afirmar o dislocar la imagen epocal de la así llamada historia. Las musas en Hesíodo dan cuenta del uso catacrético y del poderío filosófico del discurso poético. También la forma poética del *peri physeos* parmenídeo da cuenta de un mensaje filosófico encriptado en versos²⁰ y lo mismo sucede con las brujas en *Lamia* de Poliziano, imagen inequívoca de la crítica al uso del lenguaje poético en la filosofía.

¹⁹ Johnson Mark y Lakoff, George, *Metáforas de la vida cotidiana*; trad. Carmen González Marín, Madrid, Cátedra, 2017 (1980), p. 188: “Las metáforas tienen implicaciones por medio de las cuales destacan y hacen coherentes ciertos aspectos de nuestra experiencia. Una metáfora determinada puede ser la única forma de destacar y organizar de forma coherente precisamente esos aspectos de nuestra experiencia. Las metáforas *pueden crear realidades*, especialmente realidades sociales. Una metáfora puede convertirse así en guía para la acción futura. Estas acciones desde luego se ajustarán a la metáfora. Esto reforzará a su vez la capacidad de la metáfora de hacer coherente la experiencia. En este sentido las metáforas pueden ser profecías que se cumplen”.

²⁰ Sobre el particular, véase Aristóteles, *Poética*; trad. Valentín García Yebra, Madrid, Gredos, 2011, p. 738, 1447b 15-20: “En efecto, también a los que exponen en verso algún tema de medicina o de física suelen llamarlos así. Pero nada común hay entre Homero y Empédocles, excepto el verso. Por eso al uno es justo llamarle *poeta*, pero al otro naturalista más que poeta”. Las cursivas son mías.

V. CRÍTICA A LA CARACTERIZACIÓN PRAGMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Usualmente, el sintagma “la palabra pinta y la pintura habla” remite a *Las palabras y las cosas* de Michel Foucault, particularmente a su estudio introductorio de *Las meninas*. Sin embargo, este enunciado remite, también, a la relación entre la novela de Proust y la pintura de Vermeer; al encuentro, en el espacio y el tiempo, de la “pintura desenvuelta y la narración de exacto colorido”.²¹ Y este acontecimiento, que se repite una y otra vez, es expresión inequívoca del entrecruzamiento de la palabra poética-filosófica y la palabra jurídica. Cuando se caracteriza a la literatura como la expresión de “recuerdos, ficciones y deseos”²² se nombran, también, los atributos del derecho entendido como discursividad prescriptiva. El sueño dogmático de la racionalidad perenne sólo existe en las mentes de los juristas formados por la impronta clausurante de cierto positivismo.

Al derecho, desde la tiranía de la técnica, se le caracteriza como una “caja de herramientas”; caracterización propia de un místico o de un escolástico del siglo XXI con ropaje maltrecho de racionalidad, de ciencia y de saber objetivo; imagen desafortunada de una erudición de anticuario que reduce el saber jurídico a su versión de saber especializado y, por lo tanto, vedado para los más, al ser posesión exclusiva de una curia de notables. Polimatía en acto: producción de saber autorizado y ostracismo de los saberes sometidos. Lo anterior es relevante porque en relación a los derechos humanos existen serios riesgos que constantemente se actualizan. Quiero mencionar un riesgo epistémico y otro práctico, los cuales atentan contra su operatividad en tanto estrategia discursiva y praxica para lograr el buen vivir *nosótrico*, para hacer de la cultura la afirmación y la objetivación histórica frente a la barbarie de la exclusión

²¹ *Correspondencia Proust-Strauss*; trad. Héctor Perea, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1984, p. 8.

²² *Ibidem*, p. 9.

generalizada. El primero implica la trivialización teórica de estos derechos, su reducción a simple técnica y argumentación racional: como el polimathés ayuno de *Kairós* y de *Praxis* que tanto criticaba Heráclito en su fragmento 40; como los sabios de los viajes de Gulliver, de “escrúpulos melindrosos e inútiles”, expertos en cuestiones irrelevantes, concededores de la superficie, artesanos de lo decorativo, lo accesorio, lo prescindible. Este horizonte ignora la resonancia de la dipodia yámbica y el cifrado tonal de la razón como esclava de las pasiones. El riesgo práctico se vincula con la banalidad que mira todo acontecimiento con el lente de los derechos humanos, esto es, la visión totalizante, la cual concluye en forma concreta y pernicioso de inoperosidad involuntaria; el letargo práxico que niega su potencia transformacional al reservarle una eficacia nominativa, taxonómica, según la cual los derechos humanos son *meros nombres*.

La tiranía de la técnica se desentiende del uso metafórico del lenguaje que, con no poca frecuencia, supera la prueba de los hechos y anuncia así, la cristalización de los conceptos²³ y la *petrificación* del derecho, el abandono de la praxis, el desinterés total por concebir al hombre como ente configurador de su devenir y propicia su caracterización artificial como ente entregado a la deriva de las inercias y de lo siempre postergable. Para el filósofo, particularmente para el filósofo del derecho, el ejercicio del pensar es una vocación de vida cuya exigencia praxeológica es más estricta y profunda que cualquier erudición teórica. La erudición puede ser, en efecto, un atributo de anticuario, verdadera decoración de un pensamiento reaccionario y excluyente; la sabiduría, por el contrario, es expresión epistémica práctica caracterizada por su teleología, la cual dota de un significado concreto a la historicidad: la preservación y reproducción de la vida a partir de una visión dialógica, plural y abierta que asume y respeta la bella multiplicidad de lo real. En

²³ Torres Cervantes, Anabel, Ponencia pronunciada en el Cuarto Congreso Filosofía, Arte y Derecho, en la sesión *Justicia Poética I* el día 20 de agosto de 2021.

este horizonte, los derechos humanos se piensan ya como expresión normativa de la configuración histórica del *ethos*; siempre mudable, transitorio y contingente.

Presentar la analítica como el único modo posible de hacer filosofía es una imprecisión histórica. No sólo porque al logicismo enunciativo y clausurante le falta la imaginación creadora de la razón poética sino porque a la ensoñación no le estorba ni le incomoda el rigor técnico del virtuosismo. Edgar Allan Poe retrató esta simultaneidad en una de sus *Narraciones extraordinarias*, *La carta robada*. En este relato Dupin se enfrenta a un diplomático que es presentado como un *poeta-matemático* el cual cobraba ventaja epistémica sobre sus adversarios.²⁴ El pasaje es sumamente ilustrativo para quienes sostienen el divorcio epistémico y praxeológico entre el arte, la filosofía y el derecho.

Los juristas críticos desempeñan su actividad con el arrojamiento del parresiasrés moderno, de un Zaratustra adelantado a su tiempo; son pacientes y comprensivos mientras la mayoría sigue absorta en la apariencia, hablando de corrección, de racionalidad y demás tropos de superficie; porque la tempestad y el peligro anuncian el advenimiento de nuevas épocas; porque es plausible escuchar y profundizar en el estudio del sintagma según el cual la razón es una esclava de las pasiones como lo dijeron, acertada y provocativamente, David Hume y Óscar Correas Vázquez.

²⁴ Cfr. Poe, Edgar Allan, *Narraciones Extraordinarias*, España, S.A. de Promoción y Ediciones, 1977: “Este funcionario, sin embargo, ha sido completamente engañado; y la fuente originaria de su fracaso reside en la suposición de que el ministro es un loco porque ha adquirido fama como poeta. Todos los locos son poetas; esto es lo que cree el prefecto [...el ministro H.R.V.] como poeta y matemático, habría razonado bien; como simple matemático no habría razonado absolutamente, y hubiera estado a merced del prefecto”.

VI. CONCLUSIONES

Primera: La globalización es una categoría procesal que implica, como dato a-priori, la deshumanización y la destrucción progresiva de los recursos planetarios. Su ethos se caracteriza por una vacuidad ontológica que se compensa con la formalización normativa del mundo de la vida. En este tiempo de penumbras, la humanidad ha sido sometida a un duro examen el cual exige la reflexión profunda en torno a la empatía y a otros modos de pensar y practicar el derecho.

Segunda: Hay una agenda pendiente del derecho con la cultura. No sólo desde su función regulativa vinculada a la propiedad intelectual y los derechos de autor, sino con la exigencia práxica de garantizar las condiciones materiales necesarias y suficientes para desplegar la actividad artística libre de toda censura, y así lograr el despliegue de la palabra inicial poética y filosófica para pensar el derecho sin que se le exija dar cuenta de su legitimidad.

Tercera: El cuestionamiento a la plausibilidad de las categorías estéticas y filosóficas para pensar el derecho es una reducción al absurdo que implica la descontextualización y la trivialización de la reflexión multidisciplinaria en un ejercicio dialógico humanista e incluyente para pensar tópicos tan importantes como la justicia y la libertad.

Cuarta: El dato inmediato de lo real es la pluralidad y la alteridad. En este contexto, lo humano comienza a recobrar su relevancia. La superación de las visiones auráticas y fetichizadas, que reducen al hombre a un número, a un sintagma o a una proposición, comienza a retomarse en la actividad didascálica. Pero la normalización de los discursos excluyentes es una tentación autoritaria que simpatiza con la vacuidad ontológica y los formalismos logicistas que abandonan cínicamente la exigencia ética de la discursividad jurídica: reproducir el circuito de la vida.

VII. REFERENCIAS

- Aristóteles, *Poética*; trad. Valentín García Yebra, Madrid, Gredos, 2011.
- Barco, Oscar del, *Infierno. Poema*, México, Universidad Autónoma de Puebla-Escuela de Filosofía y Letras, 1977.
- Bruno, Giordano, *Las sombras de las ideas (De umbris idearum)*; trad. Jordi Raventós, Madrid, Ediciones Siruela, 2009.
- Cervantes Saavedra, Miguel de, *Los entremeses*, Madrid, Gaspar y Roig Editores, 1868.
- Correas Vázquez, Óscar, *Razón, retórica y derecho. Una visita a Hume*, México, Ediciones Coyoacán; Suplementos de Crítica Jurídica, 2009.
- Correspondencia Proust-Strauss*; trad. Héctor Perea, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1984.
- García Bacca, Juan David, *Invitación a filosofar según espíritu y obra de Antonio Machado*, Barcelona, Editorial Anthropos, 1984 (1967).
- Girard, René, *Literatura, mimesis y antropología*; trad. Alberto L. Bixio, Barcelona, Editorial Gedisa, 1984.
- Jaeger, Werner, *La teología de los primeros filósofos griegos*; trad. José Gaos, México, Fondo de Cultura Económica, 2003 (1952)
- Johnson Mark y Lakoff, George, *Metáforas de la vida cotidiana*; trad. Carmen González Marín, Madrid, Cátedra, 2017 (1980).
- Piñón Gaytán, Francisco, *Ética y modernidad en la era de la tecnociencia*, México, Grupo Editor Orfila Valentini, 2019.
- Satie, Erik, *Cuadernos de un mamífero*; trad. M. Carmen Llerena, Barcelona, Acantilado, 2006.

LA DEFENSORÍA UNIVERSITARIA Y SUS DESAFIOS EN MATERIA DE GÉNERO EN LA UNIVERSIDAD DE CHILE

Ana María Moure Pino¹

I. LA DEFENSORÍA UNIVERSITARIA DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

La Defensoría Universitaria de la Universidad de Chile se ha considerado como “...*el órgano encargado de velar por el respeto a los principios y derechos consagrados en la normativa aplicable a la Universidad de Chile, especialmente en su Estatuto Institucional y en la Ley N°21.094, sobre universidades estatal, contribuyendo con su actuación al mejoramiento continuo de la convivencia, al buen funcionamiento de la actividad universitaria y con ella, a la calidad de la educación*”, según lo aprobado en la sesión del 22 de abril del 2021² del Senado Universitario de la Universidad de Chile, en la cual se adoptó el texto definitivo sobre la Defensoría Universitaria. Se trata de una entidad similar al *Ombudsman*, que a nivel mundial interviene como mediador y Defensor de estudiantes, funcionarios y académicos, en litigios que pueden surgir dentro de la Comunidad Universitaria.

¹ Directora de Relaciones Internacionales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Profesora Asociada, Departamento de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Doctora en Derecho Europeo (PhD), Universidad de Alcalá, España/Universidad TU Dresde, Alemania, Magister en Derecho de la Unión Europea, Universidad de Leiden, Países Bajos, Profesora invitada en la Facultad de Economía y Negocios (FEN), Universidad de Chile con el Curso Globalización y Tratados Comerciales.

Agradezco el apoyo otorgado para este trabajo del Ayudante del Curso de Derecho Internacional Público, Sr. Cristhian Guerrero.

² Acta N° 624, *Senado Universitario Universidad de Chile*, 22 de Abril de 2021.

1. LAS ETAPAS DEL PROYECTO PARA LA CREACIÓN DE LA DEFENSORÍA UNIVERSITARIA DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

El estatuto que conforma a la Universidad de Chile tiene la característica de ser una Ley de la República, por lo cual la modificación correspondiente al estatuto que incorpora la Defensoría Universitaria debe seguir un procedimiento complejo ante el Senado Universitario, Rectoría, el Presidente de la República y el Congreso Nacional.

Una vez aprobado internamente por la universidad, el Rector debe realizar una comunicación al Presidente de la República con tal de que éste dé inicio a los trámites legislativos correspondientes. Con esto, la máxima autoridad del país podrá:

- a) Enviar al Congreso Nacional un proyecto de ley para que sea discutido por éste.
- b) Presentar un proyecto de ley delegatoria para que así el Congreso le entregue la potestad de dictar un Decreto con Fuerza de Ley que modifique el Estatuto de la Universidad de Chile.

Cabe recordar que el actual Estatuto, vigente desde el año 2006, comenzó a gestarse tras movilizaciones ocurridas en mayo y junio de 1997 y, tras un largo proceso, vino a transformar la versión original -que databa de 1981- a la actual normativa, vigente desde hace más de 10 años.

2. DESARROLLO

La propuesta de un Defensor en la Universidad de Chile se inició en el año 2015 por el ex Senador Universitario Eric Palma, por medio de una reforma al Estatuto Institucional. El senado aprueba en el año 2016 esta propuesta comunicándola a rectoría en el año 2017 con tal de que se desplieguen las medidas necesarias para la concreción.³

³ En Línea, <https://www.uchile.cl/noticias/175168/senado-ratifica-creacion-de-defensoria-de-la-comunidad-universitaria>, Consultado: Abril 2022.

Desde este punto, la tramitación interna del proyecto se mantuvo suspendida hasta octubre del año 2020, momento en el cual rectoría solicita la reapertura del debate, enviando modificaciones de la propuesta de la creación de la Defensoría Universitaria al Senado.

El Senado Universitario mandata a la Comisión de Desarrollo Institucional a realizar un informe sobre las modificaciones propuestas, lo cual se termina por materializar en abril del año 2021 momento en el cual se aprueba el texto definitivo, quedando en este punto pendiente los siguientes trámites ante el Presidente de la República y Congreso Nacional.

II. DEFENSOR UNIVERSITARIO EN SISTEMAS COMPARADOS

El Defensor Universitario es una figura que existe desde hace décadas en muchas universidades del mundo y tiene por misión fundamental la defensa de los derechos y libertades de los miembros de la Comunidad Universitaria. En algunos países como España, México o Brasil, el Defensor se ocupa de los derechos de todos los miembros de la Comunidad Universitaria (profesorado, estudiantes y personal de administración y servicios). Al contrario, en otros países como Austria, Portugal o el Reino Unido, sólo puede atender de los derechos de los estudiantes. En esa función principal de defensa de derechos, hay que resaltar la especial preocupación por la defensa de los derechos de las personas con discapacidad y el trabajo para favorecer su integración en las universidades.

Además de esa labor principal, muchos Defensores tienen también encomendada la función de hacer propuestas o recomendaciones, incluyendo sugerencias de modificaciones de la normativa universitaria, que en el mejor de los casos, puedan contribuir a la mejora de la calidad de la Universidad. Las actuaciones del Defensor Universitario también van dirigidas a promover la cultura de la ética en el ámbito universitario.

1. ¿COMO ACTÚAN LOS DEFENSORES UNIVERSITARIOS?

El Defensor del Universitario no tiene, salvo algunas excepciones, capacidad ejecutiva y actúa utilizando su autoridad moral o “*Auctoritas*” para solucionar conflictos, generar buenas prácticas, facilitar consensos, restituir derechos vulnerados o hacer propuestas que contribuyan a un mejor funcionamiento de las Universidades. Todas las actuaciones que acabamos de nombrar, redundan en la mejora de la calidad de las Universidades. La existencia del Defensor no tiene interés solamente para los miembros de la Comunidad Universitaria cuyos derechos protege, sino que interesa a la propia institución.

Una de las características más generales de los Defensores Universitarios, tanto en el ámbito latinoamericano como en el anglosajón y en el ámbito europeo, es el uso de la mediación como estrategia para resolver conflictos entre personas. La mediación permite que conflictos entre compañeros, entre alumnos y profesores o entre profesores y autoridades académicas se puedan resolver sin tener que recurrir a procesos judiciales o administrativos que son más lentos, más costosos y que dan lugar a soluciones impuestas. Los conflictos resueltos utilizando la mediación permiten llegar a una solución pactada por las partes en conflicto, asumida por ellas y, por consiguiente, con perspectivas de que la solución sea duradera en el tiempo y de que se genere un clima adecuado para el mejor desarrollo de las tareas encomendadas a los distintos miembros de la Comunidad Universitaria.

En otros supuestos, el Defensor utiliza su “*auctoritas*” para intermediar en una reclamación cuando considera que el reclamante tiene derecho. Así, puede intermediar entre un miembro de la Comunidad Universitaria y la autoridad ante la que presenta la reclamación. Sirva de ejemplo la reclamación de un alumno contra un profesor o la de un profesor contra su Decano. En estos supuestos, el Defensor intenta argumentar ante la autoridad si esa reclama-

ción es o no justa, para que sea aceptada en primera instancia o incluso sin que tenga que llegar a presentarse formalmente por el reclamante. Este tipo de actuaciones permiten solucionar muchos problemas con justicia, equidad y agilidad restituyendo la posible vulneración de derechos.

En algunas ocasiones, la presentación ante el Defensor de una queja individual o colectiva puede ser un indicio de que algo no funciona bien en la Universidad y de que el problema detectado puede afectar a más personas. En esos casos, el Defensor presta un gran servicio a la mejora de la calidad de su Universidad recomendando la adopción de medidas, la modificación de normativas o reglamentos o cualquier otra iniciativa que evite que otras personas sufran la misma situación denunciada.

Lo comentado anteriormente forma parte de las múltiples facetas que tiene la actuación de un Defensor Universitario que también puede ejercer funciones de asesoramiento sobre la forma de reclamar un derecho, de información sobre los derechos de cada miembro de la Comunidad Universitaria, de consejo a las autoridades académicas sobre debilidades o deficiencias del sistema que ha podido percibir desde su posición y un largo repertorio adicional de formas de incidir en la realidad universitaria.

2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL DEFENSOR UNIVERSITARIO

En general, los Defensores Universitarios ejercen esa función con carácter temporal y no como una ocupación profesional. En la mayoría de los países, las Defensorías son ocupadas por personas que ejercen durante un periodo de tiempo ese servicio para la Comunidad Universitaria, con una limitación general de 8 años en 2 posibles mandatos. En la mayor parte de los casos, el Defensor debe ser profesor de la propia Universidad y reunir algunos requisitos adicionales. No obstante, hay universidades en las que la Defensoría puede ser desempeñada por alumnos o por personal no académico.

También hay algunas Universidades en las que el cargo no puede ser desempeñado por profesores en activo y es necesario ser un profesional ajeno a la universidad o ser un profesor jubilado o emérito. Esas características de temporalidad, no profesionalidad y pertenencia a la Comunidad Universitaria, se pueden también observar en el caso de los “*Médiateurs*” de las universidades francesas, en las que se está extendiendo rápidamente esa figura. Sin embargo, no es tan general en los “*Omdudsman*” u “*Ombuspersion*” de las universidades anglosajonas y en algunas de ellas el cargo está desempeñado por una persona contratada para ese fin y que ejerce la función como profesional.

El Defensor Universitario es, en general, independiente de las autoridades académicas y aunque los procedimientos de elección o del nombramiento son diferentes, los Defensores son elegidos o nominados por alguna instancia universitaria y una de sus características comunes es la independencia respecto al Rector y a los Órganos de Gobierno. La Defensoría Universitaria no es, con carácter general, una oficina administrativa de quejas, de atención al usuario o de información, aunque en muchas ocasiones los miembros de la Comunidad Universitaria acuden a las Defensorías para informarse o para pedir asesoramiento, precisamente por la confianza en una instancia que actúa con independencia del resto de la estructura universitaria. Por otra parte, la independencia es fundamental para poder actuar con imparcialidad, que es una característica fundamental del comportamiento de los Defensores y que incide en la confianza en sus actuaciones.

Como hemos señalado, los Defensores no tienen autoridad ejecutiva y su capacidad de incidir en la mejora de sus Universidades o de resolver los problemas de quienes acuden a las Defensorías depende exclusivamente de su capacidad de argumentación y de persuasión, de su autoridad moral y de su credibilidad.⁴

⁴ *Higher education ombudsmen as an instrument to improve universities*; Dr. Josef Leidenfrost; Dr. José Manuel Palazón Espinosa, ; Mag. Elisabeth Fiorioli, 2017.

III. DEFENSOR UNIVERSITARIO EN OTRAS UNIVERSIDADES CHILENAS

La Universidad de Chile no será el primer ejemplo del Defensor Universitario, es posible encontrar figuras pioneras y análogas en otras instituciones educativas del país, las cuales han preferido referirse a esta figura en su denominación de “*Ombudsman*”, “*Ombuds-person*” o simplemente “*Ombuds*”.

1. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Por iniciativa de la propia universidad el *Ombudsman* en la Universidad Católica fue creado en el año 2013⁵. Éste es parte de la institucionalidad de la Universidad, siendo un órgano que tiene la función de preservar y mantener dentro de la Universidad la legalidad, igualdad, respecto a los derechos humanos y universitarios. Éste resuelve informalmente y en equidad, por medio de la conciliación o mediación los conflictos universitarios; siendo un ente confidencial, neutral, informal e independiente.

2. UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

Creado en el año 2017⁶, el *Ombudsman* de la Universidad Católica de Concepción, tiene la calidad de ser un funcionario especialmente designado que tiene por misión el contribuir a la solución de conflictos que afecten a las personas que conforman la Comunidad Universitaria. Sus funciones son las de contribuir al cuidado de una sana convivencia y de las buenas prácticas entre los miembros de la Comunidad Universitaria (estudiantes, académicos o administrativos); promover el respeto a la persona humana, sus derechos y de-

⁵ Decreto N° 290/2013, *Rectoría Universidad Católica de Chile*, 2013.

⁶ Decreto N° 179/2017, *Rectoría Universidad Católica de Concepción*, 2017.

beres; aconsejar y mediar las quejas, inquietudes o consultas sobre supuestos actos, omisiones, incorrecciones o problemas; y sugerir soluciones o acuerdos con imparcialidad para resolver conflictos entre las partes.

3. UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO

Desde el año 2021⁷, siendo el *Ombuds* más reciente que se ha establecido por la Universidad Católica de Temuco como un funcionario de la Universidad, que tiene por misión contribuir a la solución de conflictos entre las personas que conforman la Comunidad Universitaria, contando con facultades de consejo y mediación.

4. UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

El año 2018, en el contexto de la aprobación de su nuevo Protocolo de Acoso e Igualdad de Género⁸, es que se pone a disposición de la Comunidad Universitaria el Subcomité de Acoso Sexual y el Observatorio, en conjunto del nombramiento del *Ombuds*. El rol de este Defensor es el de recibir, acoger, orientar y mediar respecto de las situaciones de acoso en general o discriminación de la universidad; con las siguientes características de ser confidencial, independiente, imparcial e informal.

III. LA AGENDA 2030, LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE 4 Y 5

La Agenda 2030, aprobada de manera unánime por la asamblea general de las Naciones Unidas en el año 2015, es el principal documento internacional que establece los objetivos y metas para al-

⁷ Decreto N° 11/2021, *Rectoría Universidad Católica de Temuco*, 2021.

⁸ En Línea, <https://www.uai.cl/protocolo-de-acoso-e-igualdad-de-genero/>, Consulta: Abril 2022.

canzar el desarrollo sostenible al año 2030, tanto por la comunidad internacional, como por los países en el desarrollo de sus políticas internas, esto desarrollado en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, mas conocidos por sus iniciales ODS.

En la nueva visión que presenta del desarrollo sostenible, en la cual debe existir una armonía entre los elementos sociales, económicos y ecológicos, los Objetivos de Desarrollo Sostenible se hacen cargo necesariamente de metas relacionadas con la educación y la relevancia que tiene ésta como herramienta transformadora de las sociedades.

El Objetivo 4 “*Educación de calidad*”⁹ enfrenta de manera directa las materias en educación, estableciendo metas claras dirigidas principalmente a igualdad de género, garantía de educación, educación sostenible, y metas de implementación que establecen la adecuación de las instalaciones educativas a la sostenibilidad, aumento de becas y de docentes calificados. En esta línea el Objetivo 4 se refiere a si mismo como el “Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos”.

Las meta 4.3 y 4.5 nos dan un marco de cómo desarrollar la integración de este Objetivo con la educación superior, siendo el primero “4.3 *De aquí a 2030, asegurar el acceso igualitario de todos los hombres y las mujeres a una formación técnica, profesional y superior de calidad, incluida la enseñanza universitaria*”, y el siguiente “4.5 *De aquí a 2030, eliminar las disparidades de género en la educación y asegurar el acceso igualitario a todos los niveles de la enseñanza y la formación profesional para las personas vulnerables, incluidas las personas con discapacidad, los pueblos indígenas y los niños en situaciones de vulnerabilidad*”.

Respecto de la implementación la meta 4.a indica “4.a *Construir y adecuar instalaciones educativas que tengan en cuenta las necesidades de los niños y las personas con discapacidad y las diferencias de género, y que ofrezcan entornos de aprendizaje seguros, no violentos, inclusivos y eficaces para todos*”

⁹ En Línea, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/education/>, Consulta: Abril 2022.

Los puntos centrales de esas metas nos remiten necesariamente al Objetivo 5 “*Igualdad de Género*”, en tanto, es un reenvío constante e importante que realiza el Objetivo de educación a los problemas de género presentes en la educación, situación de la cual la Agenda se hace cargo en concordancia con su principio básico de “*No dejar nadie atrás*”¹⁰.

1. LAS UNIVERSIDADES Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

Como instituciones que cumplen un rol clave en el buen funcionamiento de la sociedad, por sus roles de docencia, investigación y extensión, las Universidades deben ser las impulsoras de la aplicación y cumplimiento de la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible, generando un beneficio tanto para ellas como para el general de a la sociedad el generar este compromiso.

En este sentido las Universidades deben formar a sus alumnos sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible; proporcionar soluciones, nuevos conocimientos e ideas innovadoras para la implementación de la Agenda 2030; fomentar la colaboración intersectorial; y generar la infraestructura interna necesaria.

Por lo anterior es que las Universidades pueden alinear las estructuras de Gobierno Universitario y políticas operativas con los Objetivos de Desarrollo Sostenible en al menos cuatro sectores:

- a) La investigación sobre los Objetivos: Investigación ínter y transdisciplinaria, identificación de innovaciones y soluciones; implementación a nivel local, nacional e internacional; creación de capacidades para la investigación.
- b) Alienación de la Gobernanza y gestión universitaria con la Agenda 2030.
- c) Traducción del liderazgo social en un compromiso público, acción

¹⁰ Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, *Asamblea de las Naciones Unidas*, 2015.

- y diálogo referido al posicionamiento hacia los Objetivos y el compromiso del sector universitario con los mismos.
- d) Impulsar la educación para el desarrollo sostenible, en conjunto con la creación de empleos y la creación de capacidades.

De manera específica en la relación de las Universidades con los Objetivos 4 y 5, éstas tienen un rol preponderante en: Apoyar a las personas vulnerables y desfavorecidas para garantizar su acceso y participación plena en la universidad; proporcionar programas para mejorar la alfabetización y la educación en comunidades y escuelas en el área local de la universidad y más allá; proporcionar instalaciones que promuevan y fomenten el aprendizaje inclusivo; implementar estrategias de equidad de género en el lugar de trabajo; adoptar medidas de conciliación como proporcionar cuidado infantil en los campus y promover flexibilidad en el lugar de trabajo; participar en campañas nacionales para prevenir la violencia contra las mujeres, y de informar sobre el número de agresiones sexuales que se han producido en la institución.

IV. GÉNERO E IGUALDAD EN LA UNIVERSIDAD DE CHILE

La Universidad de Chile se ha hecho cargo de manera institucional de las materias de Género e Igualdad, principalmente, desde el año 2013 con la creación de la Oficina de Igualdad de Oportunidades de Género, la cual fue la encargada del desarrollo de iniciativas para la creación de espacios que potenciaran la igualdad de condiciones en el desempeño académico de estudiantes y académicos. Esta oficina fue dependiente de la Vicerrectoría de Extensión y Comunicaciones, lo cual no le permitía jugar un rol profundo en el desarrollo de las políticas universitarias.¹¹

¹¹ En Línea, <https://www.uchile.cl/noticias/139376/universidad-de-chile-creo-la-direccion-de-igualdad-de-genero>, Consulta: Abril 2022.

Debido a lo anterior es que en el año 2018 se crea la Dirección de Igualdad de Género¹², en el marco de los 175 años de la Universidad de Chile. Ésta es dependiente directa de la Rectoría de la Universidad, entregándole las funciones de elaborar y monitorear el cumplimiento de políticas y medidas destinadas a alcanzar la igualdad de género en la universidad; prevenir y enfrentar la discriminación y violencia sexual y de género que afecte a los miembros de la comunidad; políticas de corresponsabilidad social; propiciar asignaturas, actividades y contenido académico con perspectiva de género; gestionar mediante su oficina de atención la asistencia a miembros de la comunidad; seguimiento a los procedimientos disciplinarios relacionados con el acoso sexual y violencia de género; y propiciar la incidencia en políticas públicas y normas de carácter nacional vinculadas con materias de género.

Esta no ha sido la única iniciativa moderna al respecto, también contamos con el desarrollo de la *“Política para Prevenir el Acoso Sexual”* del año 2017¹³; el *“Reglamento de Corresponsabilidad Social”* del año 2017¹⁴; y el *“Instructivo María Rita sobre la utilización del nombre social y trato no discriminatorio a las personas por su identidad de género en la Universidad de Chile”* del año 2018. Siendo la más actual y relevante la aprobación en el año 2022 por parte del Senado Universitario la *“Política de Igualdad de Género en la Universidad de Chile”*, elaborada directamente por el nuevo órgano de la Dirección de Igualdad de Género con la Comisión de Género y Diversidades del Senado Universitario.

A lo anterior se debe sumar la creación en el año 2018 de la *“Unidad de Investigación Especializada en Acoso y Discriminación de la Uni-*

¹² En Línea, <https://direcciondegenero.uchile.cl/direccion-de-igualdad-de-genero/>, Consulta: Abril 2022.

¹³ En Línea, <https://direcciondegenero.uchile.cl/acososexual/>, Consulta: Abril 2022.

¹⁴ En Línea, <https://direcciondegenero.uchile.cl/corresponsabilidad/>, Consulta: Abril 2022.

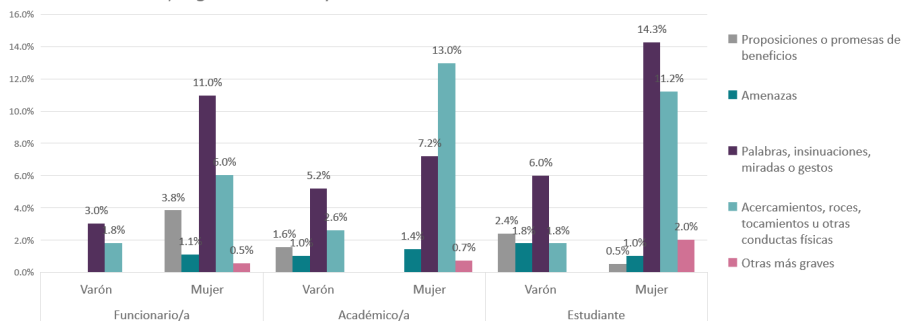
versidad de Chile”, encargada de investigar la responsabilidad administrativa o estudiantil frente a situaciones que atenten la dignidad de las personas, especialmente de hechos constitutivos de acoso sexual, violencia o discriminación por motivo de género. Y en el año 2019 con el “*Nuevo Protocolo de Actuación ante Denuncias sobre Acoso Sexual, Violencia de Género, Acoso Laboral y Discriminación*”. Los anteriores, que junto a la Oficina de Atención de la Dirección de Igualdad de Género se estructuran el marco institucional para la denuncia e investigación de los casos en materia de Género e Igualdad en la Universidad

Esta institucionalidad es la que viene a acompañar con su trabajo al futuro Defensor Universitario, el cual también tendrá un rol relevante en el trato de las problemáticas que surjan en las materias de género e igualdad.

1. LA PROBLEMÁTICA DEL ACOSO EN LA UNIVERSIDAD DE CHILE

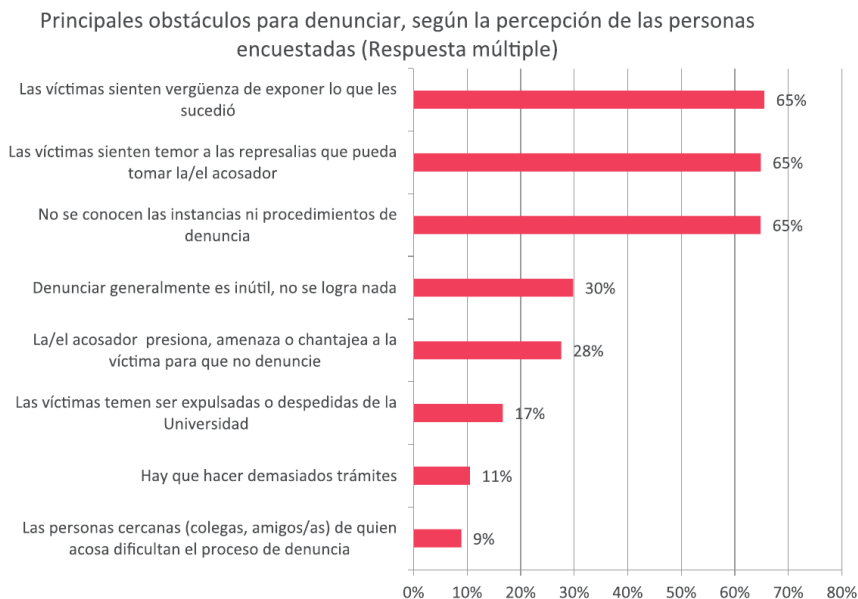
Dentro de las problemáticas relevantes que atienden al Género e Igualdad dentro de la Universidad, encontramos las relativas al acoso sexual, que nos permite identificar el alcance e importancia que puede tener un Defensor Universitario como apoyo a los miembros de la Comunidad Universitaria.

Manifestaciones de acoso vividas por miembros de la comunidad universitaria, según estamento y sexo de la víctima



Las cifras entregadas por la Dirección de Igualdad de Género¹⁵ nos entregan una mirada general sobre el panorama en la Universidad de Chile, en la cual el 14,7% de la comunidad ha sufrido el acoso en alguna de sus manifestaciones, siendo en sus dimensiones más graves presente únicamente en las mujeres, así como también en números absolutos son el grupo del que en mayor medida son víctimas del acoso.

Los conflictos relacionados al acoso son también interestamentales, afectando en medidas similares a la mujeres funcionarias, académicas y estudiantes, transformándose en una situación que concierne a la totalidad de la Comunidad Universitaria, haciendo necesario desde ya un mecanismo transversal de solución de conflictos que pueda ayudar en el retroceso del acoso en los espacios de la universidad.



¹⁵ “El Acoso en el Campus, El acoso Sexual en la Universidad de Chile”, Dirección de Igualdad de Género, 2019.

El principal punto que debe tomar atención la universidad en materia de acoso es respecto a la tasa de denuncias, la cual sigue siendo sumamente baja respecto a la cantidad de hechos. Actualmente existen dos dimensiones que pueden explicar este fenómeno, primero el temor de las víctimas de verse expuestas ya sea a situaciones de vergüenza o de represalias por la situación vivida; y segundo, por el desconocimiento y desconfianza que existe respecto de los procedimientos establecidos de denuncias.

De estas dimensiones anteriores, puede y tiene que aportar la nueva figura del Defensor Universitario, que como tal, dentro de sus características encontramos las de ser un órgano más cercano, confidencial, mediador y por sobretodo transversal en la resolución de conflictos, pudiendo ayudar a superar las barreras de desconfianza y temor en las víctimas al enfrentarse a procesos que pueden ser despersonalizados y abiertos que terminan por generar una exposición mayor a la requerida en temas tan delicados.

V. GÉNERO E IGUALDAD EN LA DEFENSORÍA UNIVERSITARIA DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

El futuro Defensor Universitario de la Universidad de Chile no será ni debe ser ajeno a temas de género, igualdad y discriminación, dada la importancia fundamental que tiene el avanzar en la protección de estas materias para poder alcanzar una Universidad más inclusiva, paritaria y sostenible.

La protección a estas materias se encuentra presente en el marco regulatorio que tendrá el futuro Defensor, lo cual analizaremos a continuación.

1. NORMAS QUE REGULAN LAS MATERIAS DEL DEFENSOR UNIVERSITARIO

El Defensor Universitario de la Universidad de Chile será constituido por medio de una reforma al estatuto de la misma, el cual tiene la calidad de

ley de la república, siendo específicamente el Decreto con Fuerza de Ley N°3 del año 2006 del Ministerio de Educación. En este cuerpo normativo el Defensor se encontrará desarrollado en el Artículo 53 Bis, el cual en su inciso primero indica “...es el órgano encargado de velar por el respeto a los principios y derechos consagrados en la normativa aplicable a la Universidad de Chile, especialmente en su Estatuto Institucional y en la Ley N°21.096, sobre universidades estatales...”, y de manera más específica en su inciso segundo “... en caso de vulneración a los derechos y principios establecidos en la normativa aplicable a la Universidad de Chile, especialmente en su Estatuto Institucional y en la Ley N°21.094, sobre universidades estatales...”

Con esto debemos remitirnos al Estatuto Institucional y la Ley N°21.094 con tal identificar bajo qué elementos se desarrolla la protección que el Defensor puede realizar en materias de género e igualdad.

A) ESTATUTO INSTITUCIONAL

En el Título I, respecto de las disposiciones fundamentales, en el Artículo 4, podemos encontrar los Principios Orientadores de la Universidad, indicándose los siguientes: Libertad de Pensamiento y de expresión; pluralismo; participación de los miembros en la vida institucional; actitud reflexiva; equidad; formación ética, cívica y solidaria; respeto a las personas y bienes; compromiso con la institución; la integración y desarrollo equilibrado de sus funciones universitarias; y fomento del diálogo e interacción entre disciplinas.

De manera directa no es posible extraer materias de género e igualdad de los principios formativos contenidos en el Estatuto, no existiendo remisión expresa a los mismos. Es posible inferirlo desde principios como equidad, formación, respeto a las personas, pero resulta insuficiente la falta de literalidad.

Sin perjuicio de lo anterior, desde el artículo 3 del Estatuto se indica a la Universidad como responsable de postular el desarrollo integral, equilibrado y sostenible del país, llevándonos necesariamente este úl-

timo punto a las materias tratadas en la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

B) LEY 21.094

Los principios aplicables a las Universidades Estatales presentes en la Ley 21.094 y la relevancia de las materias de género e igualdad en el Defensor, se encuentran contenidos en su Artículo 5, siendo los siguientes: pluralismo; laicidad; libertad de pensamiento y expresión; libertad de cátedra; participación y no discriminación; equidad de género; inclusión; equidad; solidaridad; cooperación; pertinencia; transparencia y el acceso al conocimiento.

En este caso encontramos una remisión directa a las materias de género, tanto del punto de vista de la equidad, como de la discriminación. Siendo de esta forma principios que serán protegidos de manera directa por el Defensor Universitario de la Universidad de Chile, estando dentro de sus competencias conocer las problemáticas de género que se le planteen.

VI. CONCLUSIÓN

El Defensor Universitario es la primera instancia de mediación y composición que se presenta ante la Comunidad Universitaria en los conflictos que generan en y entre los estamentos. Sus características básicas de confidencialidad, informalidad, independencia y neutralidad permiten un órgano cercano a la Comunidad Universitaria, el cual es necesario cuando como Comunidad nos vemos enfrentados ante casos sensibles como el acoso laboral y sexual, discriminación e inequidad de género; los cuales ante mecanismos excesivamente formales y burocráticos de protección pueden no entregar el apoyo, escucha y asesoría necesaria para el abordaje de los conflictos en las materias, no logrando generar la confianza necesaria en estos sistemas para cumplir sus objetivos.

Como pudimos ver, otras Instituciones Educativas del país han construido la figura del Defensor precisamente respecto de la protección de la comunidad ante los problemas de Género e Igualdad, como lo es el caso de la Universidad Adolfo Ibañez, mostrando el gran rol que debe jugar el Defensor a este respecto.

Por otro lado, la Pontificia Universidad Católica de Chile¹⁶ ha aportado datos sobre las materias de las problemáticas que han sido puestas en conocimiento de su *Ombudsman*. El 50% de los casos han sido referidos a Hostilidad, grupo en el que se enmarca el Acoso y Discriminación, los cuales han resultado ser el 20% del total de casos, cifra no menor que las constituye como el principal grupo de reclamos que el *Ombuds* ha tenido que resolver.

Respecto de la Universidad de Chile, como ya fue indicado, encontramos que el 14,7% de la Comunidad Universitaria ha manifestado el sufrir algún tipo de acoso, siendo preponderante esto en mujeres, según cifras de la Dirección de Igualdad de Género¹⁷. Del 65% de los encuestados ha indicado que no conoce instancias ni procedimiento de denuncia, mientras que el 30% considera la denuncia como inútil, con un 11% indicando el proceso de denuncia como de demasiados trámites.

El Defensor es quien puede revertir la situación respecto al desconocimiento y consideraciones de las denuncias en materias de acoso, en tanto puede ofrecer la oportunidad de dar a conocer un mecanismo amigable, cercano, accesible y efectivo para una problemática que ya es relevante dentro de nuestra Comunidad, el cual avanzar en ellas son parte del camino que debemos recorrer para alcanzar la universidad que queremos.

No hay que olvidar tampoco que avanzar en el Defensor, es también avanzar en el compromiso que tiene la universidad por el Desa-

¹⁶ Presentación: “La Oficina del Ombudsman Universitario en la UC”, José Gonzales Leiva, 2019.

¹⁷ “El Acoso en el Campus, El acoso Sexual en la Universidad de Chile”, Dirección de Igualdad de Género, 2019.

rrollo Sostenible, en tanto la resolución de conflictos de la Comunidad Universitaria, la eliminación de la discriminación, fomento a la igualdad y crear un espacio seguro para todas y todos nos acerca cada vez más a las metas establecidas por los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Los Objetivos 4 y 5 son claros en indicar que una educación, tanto escolar como superior, que no hace frente a las problemáticas de Genero e Igualdad no puede ser sostenible en los términos de la Agenda 2030.

El Defensor es un paso más en el camino que tenemos para lograr el objetivo de una Universidad de Chile inclusiva, equitativa, igualitaria y sobre todo sostenible antes del año 2030.

DEMOCRACIA EN SINCRONÍA. MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y SOCIEDAD¹

Ana Josefina Bello Jiménez^{2*}
Héctor Alejandro Ramírez Medina^{3**}

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza la normatividad, jurisprudencias y sentencias, tanto de la Suprema Corte de Justicia como la Libertad de Expresión que se ha convertido en un elemento fundamental para fortalecer al ciudadano mediante la opinión pública, misma que, de la mano con el Derecho a la Información conforman el andamiaje idóneo para la Rendición de Cuentas del Gobierno, sobre todo en la era digital, generando el binomio Sociedad – Medios de Comunicación , lo que sin duda ayuda a la consolidación de la Cultura Democrática.

¹ Los autores al CONACYT los apoyos de Estancias Posdoctorales y Becas Nacionales, respectivamente.

^{2*} Licenciada en Derecho y Doctora en Derecho Público por la Universidad Veracruzana con Mención Honorífica, Maestra en Relaciones Internacionales por el Colegio de Veracruz. Experiencia en el servicio público en materia de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales. Actualmente desarrolla una Estancia Posdoctoral por CONACYT en la FES ACATLÁN de la UNAM. Catedrática por invitación a nivel posgrado en la UNAM e INFOTEC, y a nivel licenciatura en la Universidad Veracruzana y Universidad de Xalapa. Contacto: <anajbelloj@gmail.com>

ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-1925-7511>>

^{3**} Economista y Maestrante en Derecho por la UNAM, académico, columnista y articulista. Jefe de Presupuesto y Coordinador Editorial de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho. Encargado de Distribución de la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM. Secretario Académico del Colegio de Economistas Metropolitanos de la CDMX y Miembro de Número de la Asociación de Economistas al Servicio del Estado. Miembro de la Red Nacional de Jóvenes Investigadores del SIJ de la UNAM. Contacto <ale.rmz_medina@hotmail.com>

ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-0443-3140>>

En ese orden de ideas en el primer apartado encontraremos las primeras aproximaciones al sistema jurídico mexicano y regional para determinar las diferencias entre la libertad de expresión, el derecho a la información y el derecho de la información con algunas resoluciones de la SCJN y de la CIDH, para hacer de éstos, derechos en sintonía para el fortalecimiento de la ciudadanía.

Posteriormente se analiza el papel preponderante que juegan los medios de comunicación tanto profesionales como independientes al convertirse en agentes de la democracia pues al mantener a la sociedad informada, ésta puede tomar mejores decisiones en los ejercicios democráticos.

Más adelante revisaremos como la rendición de cuentas, eje transversal y armonizador de los sistemas de transparencia y fiscalización, se convierte en pieza clave dentro del periodismo de investigación para poder dar a conocer información fehaciente, lo cual abona a la opinión pública y legítima, en el mejor de los casos, el actuar del gobierno.

Finalmente revisaremos como coadyuban las Tecnologías de la Información y Comunicación como herramienta para un Gobierno Abierto, que a su vez sienta las bases de una buena gobernanza y sitúa las condiciones de gobernabilidad, elementos que sin duda fortalecen de manera contundente la cultura democrática.

Así las cosas, podemos concluir, una vez más, que la libertad de expresión, cuando se usa de manera responsable y de la mano con otros derechos como el de la información y de acceso a la información, es punta de lanza para alimentar de manera verídica la opinión pública y poder entonces exigir el cumplimiento de otros derechos consolidándose como un derecho llave y de empoderamiento de la sociedad.

II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN

La libertad de expresión hace referencia a la vida democrática del Estado, donde el libre debate de los asuntos públicos es esencial, es tal su importancia en el contexto político que ha sido objeto de diversos estudios en la academia y en tribunales, siendo una referencia obligada la Opinión Consultiva OC-5/85, donde se establece que *[l]a libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública.*⁴

En el sistema jurídico mexicano, la libertad de expresión tiene el carácter de derecho fundamental, al estar expresamente reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, es importante subrayar que de este derecho se deriva el derecho a la información, como se precisa en la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS ARTÍCULOS 6o. Y 7o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO.

Los derechos fundamentales previstos en los preceptos constitucionales citados garantizan que: a) La manifestación de las ideas no sea objeto de inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que se ataque la moral, los derechos de tercero, se provoque algún delito o perturbe el orden público; b) El derecho a la información sea salvaguardado por el Estado; c) No se viole la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia; d) Ninguna ley ni autoridad establezcan censura, ni exijan fianza a los autores o impresores, ni coarten la libertad de imprenta; e) Los límites a la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia sean el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ese sentido, estos dere-

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, párr. 70, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

chos fundamentales de libre expresión de ideas y de comunicación y acceso a la información son indispensables para la formación de la opinión pública, componente necesario para el funcionamiento de una democracia representativa.⁵

Los elementos que comparten libertad de expresión y derecho a la información los encontraremos en sus bases normativas, así tenemos que ambos derechos envuelven las libertades de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión, teniendo el Estado prohibido la previa censura o limitar la difusión, empero también tendrán como límites, la moral, la vida privada o los derechos de terceros, así como la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud.⁶

Es significativo resaltar que los derechos en estudio no son sinónimos pues cuentan con elementos que los distinguen. El derecho a la información tiene como componente específico, estar *estrechamente vinculado con el derecho a conocer la verdad*⁷, esto es *la posibilidad de conocer la verdad para poder participar libremente en la formación de la voluntad general*⁸, por tanto *[l]a información cuya búsqueda, obtención y amplia difusión*

⁵ [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Mayo de 2007; Pág. 1522, P./J. 24/2007, registro digital 172477, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/172477> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

⁶ Artículos 6 y 7 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y Artículos 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁷ Derecho a la información. La suprema corte interpretó originalmente el artículo 6o. Constitucional como garantía de partidos políticos, ampliando posteriormente ese concepto a garantía individual y a obligación del estado a informar verazmente. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XI, abril de 2000; Pág. 72, P. XLV/2000, registro digital 191981, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/191981> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

⁸ Garantías individuales (derecho a la información). Violación grave prevista en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional. La configura el intento de lograr la impunidad de las autoridades que actúan dentro de una cultura del engaño, de la maquinación y del ocultamiento, por infringir el artículo 6o. También constitucional. [TA]; 9a.

*está constitucionalmente protegida es la información veraz e imparcial. Estos dos requisitos pueden calificarse de límites o exigencias internas del derecho a la información.*⁹

Sobre el particular la Primera Sala de la SCJN, *ha distinguido entre la expresión de opiniones y la emisión de aseveraciones sobre hechos. Así, mientras que de las opiniones no puede predicarse su verdad o falsedad, de los hechos sí puede juzgarse su correspondencia con la realidad*¹⁰. Es importante enfatizar que el elemento de veracidad se refiere a que la información difundida deberá estar soportada en un ejercicio razonable de investigación y comprobación¹¹.

Es sustancial subrayar que ambos derechos se complementan, pues el derecho a la información hace posible la libertad de expresión, vinculándose con el derecho que tienen los ciudadanos de participar en la vida política del país, siendo una relación de ida y vuelta.

Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo III, junio de 1996; Pág. 513, P. LXXXIX/96, registro digital 200111, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/200111> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

⁹ LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. MODO EN QUE DEBEN SER ENTENDIDOS LOS REQUISITOS DE VERACIDAD E IMPARCIALIDAD. [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, diciembre de 2009; Pág. 284, 1a. CCXX/2009, registro digital 165762, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/165762> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

¹⁰ DERECHO A LA INFORMACIÓN. LOS REQUISITOS DE SU VERACIDAD E IMPARCIALIDAD NO SÓLO SON EXIGIBLES A PERIODISTAS O PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN, SINO A TODO AQUEL QUE FUNJA COMO INFORMADOR. [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 5, Abril de 2014; Tomo I; Pág. 797, 1a. CLI/2014 (10a.), registro digital 2006168, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006168> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

¹¹ *Idem.*

Cabe hacer mención que, en diversos criterios el Alto Tribunal Mexicano, ha realizado pronunciamientos sobre libertad de expresión y derecho a la información de manera conjunta, haciendo énfasis en su impacto en la cultura democrática del país¹². En ese sentido, resulta relevante el siguiente criterio:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU IMPORTANCIA EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.

La libertad de expresión y el derecho a la información son derechos funcionalmente centrales en un estado constitucional y tienen una doble faceta: por un lado, aseguran a las personas espacios esenciales para el despliegue de su autonomía y, por otro, gozan de una vertiente pública, colectiva o institucional que los convierte en piezas básicas para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa. Como señaló la Corte Interamericana en el caso Herrera Ulloa, se trata de libertades que tienen tanto una dimensión individual como una dimensión social, y exigen no sólo que los individuos no vean impedida la posibilidad de manifestarse libremente, sino también que se respete su derecho como miembros de un colectivo a recibir información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. Así, tener plena libertad para expresar, recolectar, difundir y publicar informaciones e ideas es imprescindible no solamente como instancia esencial de autoexpresión y desarrollo individual, sino como condición para ejercer plenamente otros derechos fundamentales -el de asociarse y reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito, el derecho de petición o el derecho a votar y ser votado- y como elemento determinante de la calidad de la vida democrática en un país, pues si los ciudadanos no tienen plena seguridad de que el derecho los protege en su posibilidad de expresar y publicar libremente ideas y hechos, será imposible avanzar en la obtención de un cuerpo extenso de ciudadanos activos, críticos, comprometidos con los asuntos públicos, atentos al comportamiento y a las

¹² Cfr. Tesis temática Libertad de Expresión e Información, disponible en https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Documents/CriteriosPJF/Tesis_tematica_Libertad_de_Expresion_e_Informacion.pdf (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

decisiones de los gobernantes, capaces de cumplir la función que les corresponde en un régimen democrático. Por consiguiente, cuando un tribunal decide un caso de libertad de expresión, imprenta o información no sólo afecta las pretensiones de las partes en un litigio concreto, sino también el grado al que en un país quedará asegurada la libre circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto, condiciones todas ellas indispensables para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa.¹³

Entre los discursos especialmente protegidos por la libertad de expresión y el derecho a la información, se encuentra los vinculados con asuntos de interés público, concepto amplio que abarca al sector público y privado y engloba la rendición de cuentas que debe prevalecer en la democracia. *Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios.*¹⁴

En el marco evolutivo y expansivo de los derechos humanos, además de poder allegarnos de opiniones e información de terceros, también es viable solicitar información en posesión del Estado y éste tiene la obligación positiva de emitir de entregar lo requerido, *[d]icha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción*¹⁵

¹³ *Cfr.* Libertad de expresión y derecho a la información. Su importancia en una democracia constitucional. [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, diciembre de 2009, pág. 287, 1a. CCXV/2009, registro digital 165760, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/165760> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

¹⁴ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 116, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

¹⁵ Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Cos-

Actualmente en México existe un alto estándar de apertura de información, como se observa en la jurisprudencia nacional e interamericana, a lo que se suma las leyes emitidas en el marco de la reforma constitucional en materia de transparencia, donde la rendición de cuentas es pieza clave en la vitrina pública del quehacer del Estado.

El pleno ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información tienen como producto, una sociedad donde el debate se nutre de diversas voces, permitiendo que la ciudadanía se informe y a partir de ello tome decisiones, las cuales pueden trascender en aspectos públicos y privados, lo que sin duda fortalece la democracia.

III. MEDIOS DE COMUNICACIÓN

En el marco de la esfera social de libertad de expresión y derecho a la información, es pertinente mencionar que los medios de comunicación, profesionales e independientes representan pieza clave, constituyéndose en verdaderos agentes de la democracia, *toda vez que permiten a los ciudadanos recibir información y conocer opiniones de todo tipo al ser precisamente el vehículo para expresar ideas sobre asuntos de interés público y difundirlas entre la sociedad.*¹⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la ya citada Opinión Consultiva OC-5/85, ha puntualizado que *[s]on los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad*¹⁷, de ahí la

tas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151., párr. 77, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_151_esp.pdf (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

¹⁶ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 1359/2015, p. 53, disponible en <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=190443> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

¹⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 34.

necesidad de la apertura y acceso en igualdad de condiciones, en el marco de protección a la libertad e independencia de los periodistas. Siguiendo esa línea argumentativa la Corte IDH, acentúa la labor periodística y las obligaciones del Estado.

Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas.¹⁸

En sintonía con los criterios interamericanos, la Primera Sala del Alto Tribunal Mexicano ha enfatizado la importancia de la libertad de expresión y de información que, *alcanzan un nivel máximo cuando dichos derechos se ejercen por los profesionales del periodismo a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública*¹⁹, siendo un discurso que goza de una posición preferencial en la construcción de la opinión pública.

Sobre la labor periodística, tanto la Corte IDH y la SCJN han emitido pronunciamientos relevantes que, delinean el alto estándar del discurso emitido por la prensa, entre los que se encuentran:

¹⁸ Corte IDH, Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr.57, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

¹⁹ Libertades de expresión e información. Su posición preferencial cuando son ejercidas por los profesionales de la prensa. [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro IV, enero de 2012; Tomo 3; Pág. 2914, 1a. XXII/2011 (10a.), registro digital 2000106, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2000106> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

a) La aplicación de un test tripartita, con el fin de identificar si una disposición normativa vulnera el principio de intervención mínima y de última ratio del derecho penal, característico de una sociedad democrática, dicha herramienta hermenéutica se integra de los siguientes pasos: legalidad (estar previsto en ley); idoneidad y finalidad (se refiere a si la restricción es el medio idóneo para alcanzar una finalidad compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos); necesidad (emplear la alternativa orientada a satisfacer un interés público imperativo); y proporcionalidad (la medida sea la menos invasiva)²⁰

b) La doctrina de la *real malicia* o *malicia efectiva*, es aplicable tanto al derecho a la información como a la libertad de expresión, la cual consiste en la imposición de sanciones civiles como consecuencia de divulgar información falsa, con la única intención de dañar.

No obstante, con base en la posición preferente de los derechos en estudio, la Primera Sala de la SCJN, en jurisprudencia estableció que, obligar a los emisores a probar en forma fehaciente la información divulgada, *vulneraría el estándar de veracidad aplicable a la información, induciría a ocultar la información en lugar de difundirla, socavando el debate robusto sobre temas de interés público que se persigue en las democracias constitucionales.*²¹

²⁰ Cfr. Corte IDH, Caso Kimel Vs. Argentina, párrs. 58 al 94.

²¹ libertad de expresión. El estándar de malicia efectiva requiere no sólo que la información difundida haya sido falsa, sino que se haya difundido a sabiendas de su falsedad o con la intención de dañar (interpretación de este último estándar), [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 71, Octubre de 2019; Tomo I; Pág. 874, 1a./J. 80/2019 (10a.), registro digital 2020798, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2020798> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

De acuerdo con la doctrina desarrollada por la SCJN la “*real malicia*” requiere no sólo que se demuestre que la información difundida es falsa sino, además, que se publicó a sabiendas de su falsedad, o con total despreocupación sobre si era o no falsa, pues ello revelaría que se publicó con la intención de dañar.²²

Lo anterior no implica que no pueda acreditarse el *dolo eventual* que involucra la publicación de información con conocimiento de su falsedad o la duda de su veracidad, sólo establece un estándar que no implique una restricción indirecta a la libertad de expresión, con motivo del peso preferente de este derecho en la democracia.

c) El estándar de periodista, al ser una labor que coadyuva al desarrollo de la opinión pública, encontramos en los criterios de la SCJN elementos que distinguen el ejercicio de esta profesión que es de carácter funcional, es decir a las actividades que desarrolla con un fin informativo²³, sin que sea relevante: a) estar vinculado a un medio de comunicación o ser independiente²⁴, b) el canal o medio de comunicación donde realiza sus actividades²⁵, c) esta profesión no se encuentra condicionada al tiempo, sólo se puede requerir regularidad o habitualidad en el ejercicio de las funciones de periodista.²⁶

²² *Idem.*

²³ Periodista. La definición del término debe orientarse a sus funciones. [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 49, diciembre de 2017; Tomo I; Pág. 434, 1a. CCXVIII/2017 (10a.), registro digital 2015746, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015746> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

²⁴ Protección a periodistas. La pertenencia a un medio de comunicación es irrelevante para determinar la calidad de periodista. [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 49, diciembre de 2017; Tomo I; Pág. 439, 1a. CCXX/2017 (10a.), registro digital 2015754, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015754> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

²⁵ Protección a periodistas. El canal de comunicación por el cual se ejerce la función periodística es irrelevante para determinar la calidad de periodista, [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 49, diciembre de 2017; Tomo I; Pág. 438, 1a. CCXIX/2017 (10a.), registro digital 2015752, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015752> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

²⁶ Protección a periodistas. Criterio temporal para determinar la calidad de perio-

IV. RENDICIÓN DE CUENTAS EN EL PERIODISMO DE INVESTIGACIÓN

En los apartados anteriores se abundó sobre el papel fundamental que desarrollan la libertad de expresión y el derecho a la información en la democracia, al ser detonante del debate plural y como consecuencia de una sociedad informada, capaz de tomar decisiones con base en la información.

La idea de la rendición de cuentas no es un concepto nuevo, pues, desde los contractualistas clásicos²⁷ quienes revisaron el quehacer ciudadano frente al Estado Moderno se ha venido manejando la idea de que las autoridades y más recientemente las instituciones básicas de la sociedad,²⁸ hasta llegar a la época contemporánea donde académicos como Schedler nos apunta que es un término que pone de manifiesto la creciente preocupación por contar con frenos y contrapesos en las instituciones públicas y del ejercicio del poder; no obstante también nos señala que al ser un término “novedoso” está poco estudiado e inconcluso, sin embargo señala claramente que se trata de exigencias al Estado y sus instituciones por justificar sus decisiones con evidencia.²⁹

Es indispensable entender que la rendición de cuentas es un principio indispensable de cualquier Estado Democrático pues, pese a que en campañas electorales los candidatos que pretenden representarnos en las estructuras básicas de la sociedad señalen tener las mejores intenciones para sus conciudadanos, debemos tener en

disto. [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 49, Diciembre de 2017; Tomo I; Pág. 438, 1a. CCXXI/2017 (10a.), registro digital 2015751, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015754> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

²⁷ Nos referimos a los clásicos como Locke, Rousseau y finalmente David Hume quien tiene una idea más concreta en el ensayo *Hacia una Idea de la Comunidad Perfecta*.

²⁸ Cfr, Rawls, Jonh; *Teoría de la Justicia*.

²⁹ A. Schedler; *Conceptualizing Accountability: The self restraining state the power of accountability in new democracies*, Layne Rienner Publishers, EUA, 1999, pp. 13-28

cuenta que “ al prejuicio, o descuido, cuando ocurre, es en conjunto un mal, pero es uno del que no podemos esperar estar siempre exentos, y debe considerarse como el precio pagado por un bien inestimable”³⁰.

La rendición de cuentas actual nos permite que el periodismo de investigación dé a conocer a la sociedad información fehaciente proveniente de las instituciones oficiales del Estado a fin de que podamos ir forjando una opinión, primero propia y después generalizada o contraria a la general sobre el actuar que han desempeñado los funcionarios y las autoridades a los que la ciudadanía eligió de manera libre y en un ejercicio democrático.

Si bien de esta rendición de cuentas analizada y expresada por los diversos medios de información se pueden desprender otra serie de actuaciones tales como vigilancia, auditoría fiscalización y sanción³¹ en las democracias contemporáneas y los Estados constitucionales “no hay que temer que un Gobierno, sea o no completamente responsable ante el pueblo, intente con frecuencia fiscalizar la expresión de la opinión, excepto al hacerlo se haga al órgano de la intolerancia general del público”³²

La sociedad se empodera mediante la información que los periodistas de investigación dan a conocer mediante sus sitios, portales, en los cuales ponen de manifiesto que mediante datos oficiales, muchas veces obtenidos vía transparencia anteponiendo el derecho de acceso a la información y posteriormente a la libertad de expresión es que se logra una sinergia importante con la cual el ciudadano podrá contribuir al debate y a la opinión pública, así como tomar decisiones con las que puede equilibrar los contrapesos y coadyuvar

³⁰ Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, pág. 76

³¹ Véase A. Schedler, *op cit.*

³² Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*.

a la división de poderes por parte del Estado, por eso es importante recordar que cualquier opinión es igualmente válida puesto que como nos menciona Stuart Mill:

Primero, si cualquier opinión se ve obligada a guardar silencio, esa opinión puede, por lo que ciertamente podemos saber, ser cierta. Negar esto es asumir nuestra propia infalibilidad. En segundo lugar, aunque la opinión silenciada sea un error, puede contener, y muy comúnmente lo hace, una parte de verdad; y dado que la opinión general o prevaleciente sobre cualquier tema rara vez o casi nunca es la verdad completa, es sólo por la colisión de opiniones adversas que el resto de la verdad tiene alguna posibilidad de ser conseguida. En tercer lugar, incluso si la opinión recibida no sólo es verdadera, sino toda la verdad; a menos que se considere que es, y de hecho es, impugnada enérgicamente y con seriedad, la mayoría de los que la reciben la considerarán un prejuicio, con poca comprensión o sentimiento de sus fundamentos racionales. Y no sólo esto, sino que, en cuarto lugar, el significado de la doctrina corre peligro de perderse, debilitarse y privarse de su efecto vital sobre el carácter y la conducta: el dogma se convierte en una mera profesión formal, ineficaz para siempre, pero agitando el terreno, y evitando el crecimiento de cualquier convicción real y sincera, de la razón o la experiencia personal.³³

En ese contexto es relevante hacer referencia a la rendición de cuentas de tipo social que se da actualmente en la mayoría de las democracias constitucionales, las cuales, dentro de su andamiaje contemplan ejercicios de participación ciudadana, sin embargo, es un hecho que lamentablemente en muchas ocasiones se queda en el discurso puesto que no se materializa de manera tangible por diversas cuestiones como la apatía, el desconocimiento y la desconfianza por parte de la sociedad. Entre estas herramientas se encuentran el referéndum, el plebiscito, consulta popular, iniciativa popular, la

³³ Idem

revocación de mandato que son formas de participación semidirecta,³⁴ por otro lado, tenemos figuras en el marco jurídico mexicano que fortalecen todavía con mucha mayor envergadura la participación de las ciudadanas y los ciudadanos con el fin de legitimar el quehacer de órganos de gobierno como son el Parlamento Abierto, el Presupuesto Participativo y las Contralorías Sociales, entre otras.

V. DEMOCRACIA EN LA ERA DE LA INFORMACIÓN

En el actual contexto global el acceso a las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC), es un tema prioritario, la experiencia de la pandemia de Covid-19 ha obligado a que migremos a contextos digitales, en aras de que el sector público y privado dieran continuidad a sus actividades.

A partir de la reforma constitucional del 11 de marzo de 2013, el artículo 6 de la Constitución Federal reconoció el acceso a las TIC³⁵ estableciendo que: *El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet.*

Es así como en México el acceso a las TIC tiene el nivel de derecho fundamental, resultando fundamental para el desarrollo de diversos derechos, entre ellos la libertad de expresión y el derecho a la información, representando una vía ágil y de gran alcance que permite el libre flujo de información.

³⁴ Véase Carranza y Ramírez, ¿cuál es el costo de la democracia participativa en México? Un análisis desde la teoría de la división de poderes y el instituto nacional electoral como órgano constitucional autónomo, en Molina Piñero y VVCC, *Monitor democrático 2020 la función de la división de poderes y los organismos constitucionales autónomos en el presidencialismo carismático en México*, COPUEX, 2021, disponible en <https://copuex.com/wp-content/uploads/2021/10/Monitor-democratico-2020-La-funcion-de-la-division-de-poderes-1-oct-2021.pdf>

³⁵https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5301941&fecha=11/06/2013#gsc.tab=0 (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

Para poder dimensionar el impacto de las TIC en los hogares mexicanos, es necesario hacer referencia a la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH), cuya última edición es 2021, encuesta realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en colaboración con el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), entre los datos relevantes se encontraron:

La ENDUTIH estimó que en 2021 había 88.6 millones de personas usuarias de internet, lo que representó 75.6 % de la población de seis años o más. Esta cifra reveló un aumento de 4.1 puntos porcentuales respecto a la de 2020 (71.5 %).

(...)

Los principales usos de internet fueron para comunicarse (93.8 %), buscar información (89.9 %) y acceder a redes sociales (89.8 %). La interacción con el gobierno por internet pasó de 28.0 % en 2017 a 42.3 % en 2021. En contraste, la actividad para buscar información disminuyó de 96.9 a 89.9 % en el mismo periodo.³⁶

Como se ha precisado en líneas anteriores la libertad de expresión y el derecho a la información, pueden ejercerse por cualquier medio, teniendo el Estado la obligación de garantizar esta apertura con el fin de que la sociedad se allegue de la información y opinión de interés que emiten los medios de comunicación.

Si bien en México gozamos de libre acceso a la información en contextos digitales, también es cierto que esta apertura ha puesto en jaque otros derechos vinculados con la privacidad, siendo necesario establecer medidas legislativas que permitan la armonía en el ciberespacio.

³⁶ https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2022/OtrTemEcon/EN-DUTIH_21.pdf (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

Es así como se presentan iniciativas legislativas, que si no son estudiadas con cuidado pueden implicar actos de censura previa en Internet, como es el caso del llamado derecho al olvido, que *consiste en la supresión de datos personales en motores de búsqueda en línea, previo análisis del interés público del responsable del gestor*³⁷

Si bien este derecho solo ha sido formalmente reconocido en Europa, en México ha sido objeto de un sinnúmero de estudios doctrinales, además de diversos acercamientos por autoridades administrativas, pero sobre todo del Poder Legislativo que en dos ocasiones ha planteado la posibilidad de incluir al derecho al olvido como una ampliación de los derechos ARCO, específicamente la cancelación aplicada de manera amplia en medios digitales. (...)

En ese sentido, si bien el derecho al olvido digital amplía el espectro de protección de la privacidad al mundo digital también implica riesgos en la esfera de protección de los derechos a la libertad de expresión y a la información, los cuales a la luz del marco normativo nacional e internacional tienen un carácter preferente, al fortalecer la democracia.³⁸

En esta lógica argumentativa encontramos que sea cual sea el medio por el cual se difunde la información, debemos defender la posibilidad de que se exprese y se dé a conocer sea cual sea el costo (premio o castigo) para las autoridades a quienes se somete a la opinión pública pues ya Stuart Mill indicaba que "...la peculiaridad del mal consiste en impedir la expresión de una opinión es que se

³⁷ Bello Jiménez, Ana Josefina, "Borrar o no borrar el pasado digital: El impacto jurídico del derecho al olvido", en Uscanga Barradas Abril y Reyes Díaz, Carlos Humberto (Coords), Visiones contemporáneas del derecho a la información, transparencia y protección de datos personales, México, UNAM, INAI, Tirant Lo Blanch, 2022, p. 95, disponible en http://derecho.posgrado.unam.mx/site_cpd/public/publis_cpd/visionescontemporaneas2.pdf (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

³⁸ *Idem.*

comete un robo a la raza humana; a la posterioridad tanto como a la generación actual; a aquellos que disienten de esa opinión más todavía que a aquellos que participan en ella...”³⁹

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Con los diversos elementos que hemos podido observar y analizar a lo largo de este trabajo podemos concluir, una vez más, que la libertad de expresión, usada de manera responsable y de la mano con otros derechos como el de la información y de acceso a la información es punta de lanza para alimentar de manera verídica la opinión pública y poder entonces exigir el cumplimiento de otros derechos consolidándose como un derecho llave y de empoderamiento de la sociedad.

Por otra parte, es innegable que la rendición de cuentas es sin duda un elemento que coadyuba a que los medios de comunicación difundan información fehaciente y de calidad para que sus conciudadanos tengan un arma poderosa que les permita tomar mejores decisiones, transformándose en un eje transversal dentro del marco jurídico mexicano en los Sistemas Nacional de Transparencia y Sistema Nacional Anticorrupción.

Es importante destacar que para que estos ejercicios puedan darse es importante dotar de presupuesto suficiente a los Organismo Constitucionalmente Autónomos, a fin de quienes puedan garantizar un verdadero contrapeso al poder, y dentro de estos presupuestos una partida significativa para la capacitación y contacto con la sociedad que coadyube a fortalecer la cultura democrática.

³⁹ Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*.

VII. REFERENCIAS

1. BIBLIOGRÁFICAS

- A. Schedler; *Conceptualizing Accountability; The self restraining state the power of accountability in new democracies*, Layne Rienner Publishers, EUA, 1999, pp. 13-28
- Bello Jiménez, Ana Josefina, “Borrar o no borrar el pasado digital: El impacto jurídico del derecho al olvido”, en Uscanga Barradas Abril (Coord), *Visiones contemporáneas del derecho a la información, transparencia y protección de datos personales*, México, UNAM – INAI - Tirant Lo Blanch, 2022, disponible en http://derecho.posgrado.unam.mx/site_cpd/public/publis_cpd/visionescontemporaneas2.pdf (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)
- Fierro Ferráez, Ana Elena, *El Concepto Jurídico de la Rendición de Cuentas*, México, Tirant Lo Blanch, 2021
- Molina Piñeiro y VVCC, *Monitor democrático 2020. La función de la división de poderes y los organismos constitucionales autónomos en el presidencialismo carismático en México*, copuex, 2021, disponible en <https://copuex.com/wp-content/uploads/2021/10/Monitor-democratico-2020-La-funcion-de-la-division-de-poderes-1-oct-2021.pdf>
- Stuart Mill, John, *Sobre la Libertad*, Traducción de Pablo de Azcárate, España, 1970

2. LEGISGRAFÍA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

3. JURISPRUDENCIA

PROTECCIÓN A PERIODISTAS. CRITERIO TEMPORAL PARA DETERMINAR LA CALIDAD DE PERIODISTA. [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 49, diciembre de 2017; Tomo I; Pág. 438, 1a. CCXXI/2017 (10a.), registro digital 2015751, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015754> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU POSICIÓN PREFERENCIAL CUANDO SON EJERCIDAS POR LOS PROFESIONALES DE LA PRENSA. [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro IV, enero de 2012; Tomo 3; Pág. 2914, 1a. XXII/2011 (10a.), registro digital 2000106, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2000106> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA REQUIERE NO SÓLO QUE LA INFORMACIÓN DIFUNDIDA HAYA SIDO FALSA, SINO QUE SE HAYA DIFUNDIDO A SABIENDAS DE SU FALSEDAD O CON LA INTENCIÓN DE DAÑAR (INTERPRETACIÓN DE ESTE ÚLTIMO ESTÁNDAR), [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 71, octubre de 2019; Tomo I; Pág. 874, 1a./J. 80/2019 (10a.), registro digital 2020798, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2020798> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

PERIODISTA. LA DEFINICIÓN DEL TÉRMINO DEBE ORIENTARSE A SUS FUNCIONES. [TA]; 10a. Época;

1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 49, diciembre de 2017; Tomo I; Pág. 434, 1a. CCXVIII/2017 (10a.), registro digital 2015746, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015746> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

PROTECCIÓN A PERIODISTAS. LA PERTENENCIA A UN MEDIO DE COMUNICACIÓN ES IRRELEVANTE PARA DETERMINAR LA CALIDAD DE PERIODISTA. [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 49, diciembre de 2017; Tomo I; Pág. 439, 1a. CCXX/2017 (10a.), registro digital 2015754, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015754> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

PROTECCIÓN A PERIODISTAS. EL CANAL DE COMUNICACIÓN POR EL CUAL SE EJERCE LA FUNCIÓN PERIODÍSTICA ES IRRELEVANTE PARA DETERMINAR LA CALIDAD DE PERIODISTA, [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 49, diciembre de 2017; Tomo I; Pág. 438, 1a. CCXIX/2017 (10a.), registro digital 2015752, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015752> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA SUPREMA CORTE INTERPRETÓ ORIGINALMENTE EL ARTÍCULO 6o. CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE PARTIDOS POLÍTICOS, AMPLIANDO POSTERIORMENTE ESE CONCEPTO A GARANTÍA INDIVIDUAL Y A OBLIGACIÓN DEL ESTADO A INFORMAR VERAZMENTE. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XI, abril de 2000; Pág. 72, P. XLV/2000, registro digital 191981, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/191981> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

GARANTÍAS INDIVIDUALES (DERECHO A LA INFORMACIÓN). VIOLACIÓN GRAVE PREVISTA EN EL SEGUN-

DO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 97 CONSTITUCIONAL. LA CONFIGURA EL INTENTO DE LOGRAR LA IMPUNIDAD DE LAS AUTORIDADES QUE ACTÚAN DENTRO DE UNA CULTURA DEL ENGAÑO, DE LA MAQUINACIÓN Y DEL OCULTAMIENTO, POR INFRINGIR EL ARTÍCULO 6o. TAMBIÉN CONSTITUCIONAL. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo III, junio de 1996; Pág. 513, P. LXXXIX/96, registro digital 200111, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/200111> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. MODO EN QUE DEBEN SER ENTENDIDOS LOS REQUISITOS DE VERACIDAD E IMPARCIALIDAD. [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, diciembre de 2009; Pág. 284, 1a. CCXX/2009, registro digital 165762, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/165762> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

DERECHO A LA INFORMACIÓN. LOS REQUISITOS DE SU VERACIDAD E IMPARCIALIDAD NO SÓLO SON EXIGIBLES A PERIODISTAS O PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN, SINO A TODO AQUEL QUE FUNJA COMO INFORMADOR. [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 5, abril de 2014; Tomo I; Pág. 797, 1a. CLI/2014 (10a.), registro digital 2006168, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006168> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

TESIS TEMÁTICA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN, disponible en https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Documents/CriteriosPJF/Tesis_tematica_Libertad_de_Expresion_e_Informacion.pdf (fecha de consulta el 26 de

agosto de 2022)

4. RESOLUCIONES

PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AMPARO en Revisión 1359/2015, p. 53, disponible en <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=190443> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr.57, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU IMPORTANCIA EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, diciembre de 2009, pág. 287, 1a. CCXV/2009, registro digital 165760, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/165760> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 116, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151., párr. 77, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/>

docs/casos/articulos/Seriec_151_esp.pdf (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, párr. 70, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Mayo de 2007; Pág. 1522, P./J. 24/2007, registro digital 172477, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/172477> (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

5. INTERNET

https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2022/OtrTemEcon/ENDUTIH_21.pdf (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5301941&fecha=11/06/2013#gsc.tab=0 (fecha de consulta el 26 de agosto de 2022)

DERECHO AL OLVIDO DIGITAL

Julio César Bonilla Gutiérrez

I. INTRODUCCIÓN

Internet y los inmensos desarrollos tecnológicos que hemos experimentado en las últimas dos décadas representan extraordinarios avances que facilitan a las personas el acceso a la más variada información, así como su difusión, almacenamiento, distribución, etc.

En el espacio digital que habitamos, la información se expande prácticamente sin filtros en las fuentes que la generan, lo que, en realidad, se traduce en que es el usuario quien debe ponderar las calidades de la información y asimismo, las diversas consecuencias que puede tener su utilización. Dicho de otro modo, quien la difunde asume en tal sentido, mayor responsabilidad.

Por el diseño descentralizado de Internet, su funcionamiento y su lógica, que ha roto las barreras del tiempo y el espacio como tradicionalmente las conocíamos, los daños que puede generar una determinada información, tendrían mayores alcances al no estar sujetos a las limitaciones propias de la distancia, la reproducción de medios o soportes físicos y su distribución o entrega.

El problema es que en estas condiciones, la intimidad y la privacidad de las personas, así como su autodeterminación informativa, se encuentran expuestas. Lo anterior, porque ya no es tan fácil que con el transcurso del tiempo se nos libere de errores o responsabilidades anteriores. Lo que se sube a Internet, suele escapar al control de quien publicó la información originalmente y a quedarse en el espacio digital para siempre.

En este contexto, no podemos confiar en que el tiempo y el correlativo olvido borrarán nuestros rastros informativos personales, debemos reconocer también que, en consecuencia, se nos presentan retos y desafíos en materia de derecho constitucional y muy en específico de derechos humanos para generar los equilibrios y balances

necesarios entre dos derechos fundamentales para todo Estado democrático constitucional: el acceso a la información y la protección de los datos personales.

Y es que, el acceso a la gran cantidad de información que existe en el mundo digital tiene el potencial de facilitar el ejercicio de la democracia y sus libertades y derechos correlativos, sin embargo, la saturación de información lo dificulta, al tiempo que las características de esa información se pueden convertir en un riesgo para los derechos de las personas.

Los medios digitales, además de ser instrumentos que pueden favorecer la libertad, a su vez, tienen la posibilidad de inhibirla y vulnerarla. En derecho positivo, la figura jurídica de la prescripción permite el desarrollo de la personalidad de las personas sin tener que cargar con los costos de hechos delictivos pasados, por ejemplo, en el terreno social solamente el olvido que viene con el tiempo, nos puede defender ante reproches por nuestros errores del pasado. Sin embargo, cualquier información previa subida a Internet, puede no solo señalarnos en el futuro, sino generarnos daños y perjuicios importantes que se traducen en una menor libertad personal y en menores posibilidades de libre desarrollo.

En congruencia con nuestra autodeterminación informativa como derecho humano, es claro que contamos con los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (ARCO) en materia de protección de datos personales. En ese sentido, es igualmente claro que como personas, debemos de contar con la posibilidad, los medios y las garantías para ejercer las acciones necesarias al efecto de que sean suprimidos nuestros datos personales que hubiésemos facilitado para su publicación, por servicios de redes sociales y todas las plataformas de Internet; así como los datos personales facilitados por terceros y que sean inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos.

En el marco de lo anterior, y dejando de lado la discusión teórica acerca de que si el derecho al olvido no es más que una extensión de

los derechos a la cancelación y oposición en materia de protección de datos personales, el presente trabajo plantea algunas reflexiones en torno al denominado derecho al olvido digital, sus alcances, limitaciones y sus perspectivas y posibilidades de regulación e implementación en México; así como respecto de algunos aspectos que al efecto se considera que deberán tomarse en cuenta.

II. DERECHO AL OLVIDO DIGITAL

1. DERECHO AL OLVIDO Y ESPACIO DIGITAL

La cuestión acerca de la existencia o posibilidad de dar forma y definir la extensión y límites del denominado derecho al olvido, es resultado de las transformaciones originadas por el mundo digital.

En la actualidad, informaciones y datos hasta ahora difícilmente accesibles como consecuencia de las limitaciones correlativas a las técnicas tradicionales de almacenamiento y procesamiento de datos, se encuentran a disposición de cualquier persona gracias a Internet. El acceso a la información se ha ampliado en sus alcances como nunca lo imaginamos. Sin embargo, aunque la historia digital de las personas conlleva indudablemente beneficios para la sociedad que puede acceder a información valiosa, también importa riesgos para la preservación de libertades y derechos humanos como el honor, la intimidad, la privacidad y la protección de los datos personales.

En otras palabras, el espacio digital ha evidenciado la acentuada tensión que existe entre la publicidad y la reserva de información, y, así, ha expuesto frente a nosotros y hemos podido visibilizar un conflicto entre la sociedad que tiene derecho a acceder a información y las personas en lo individual, consideradas a la luz de su autodeterminación informativa, su privacidad e intimidad y sus posibilidades de desarrollar su personalidad en libertad. Lo cual, me parece que debe instarnos a pensar en la necesidad de construir argumentacio-

nes o ponderaciones razonables para determinar y adjudicar, en un sentido literal, qué derecho debe prevalecer y bajo qué condiciones y circunstancias.

En ese sentido, como lo señala Mieres, consideramos que es a partir de los elementos conceptuales, valorativos y normativos relativos al derecho a la protección de datos, a la autodeterminación informativa, al honor y a la intimidad o a la vida privada, que es posible articular la pretensión de las personas a no verse perseguidas por las informaciones del pasado¹ que son o han devenido en inadecuadas, inexactas, impertinentes, desactualizadas o excesivas. Es decir, el derecho a que sus datos personales sean removidos de cualquier lugar si no existe una razón convincente para que estén almacenados.

Sin embargo, la complejidad de construir este derecho del que hablamos, no solo deriva de la vaguedad de algunos de los anteriores términos y su interpretación, sino que, posiblemente, también radica quizá en que como lo señala Brock, “no existe un derecho básico e internacionalmente reconocido y exigible al olvido”², sino, en todo caso, disposiciones contenidas en diversos ordenamientos internacionales, regionales y/o nacionales y de las que, a través del razonamiento y la argumentación, podemos moldearlo para responder a las necesidades de protección de nuestra privacidad, intimidad, honor, reputación y libertad.

Por tanto, no debe sorprendernos que su integración y consecuente argumentación, se ha dado por parte de autoridades nacionales encargadas de la protección de datos personales y de los órganos jurisdiccionales que han ido creando, a través de su actua-

¹ Vid. Mieres, Luis Javier, *El derecho al olvido digital. Documento de trabajo 186/2014*, España, Fundación Alternativas, 2014, pp. 10-21. Disponible en: https://www.fundacionalternativas.org/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e985163d78a27d6d-7c23366767a.pdf

² Brock, George, *The Right to be Forgotten. Privacy and the Media in the Digital Age*, Inglaterra, I.B. Tauris & Co. and Reuters Institute for the Study of Journalism, 2016, p.23

ción, el espacio para el paulatino reconocimiento de este derecho ante la necesidad de proteger los mencionados aspectos de nuestra vida personal y la autodeterminación informativa de las personas, frente a una red que, por la forma en que está hecha, conectada y pensada, no olvida jamás.

En este sentido y en relación con el último de los conceptos mencionados, medular para nuestra discusión, vale la pena señalar como antecedente que el término “autodeterminación informativa” fue utilizado por primera ocasión al interior de una resolución en la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 15 de diciembre de 1983, por la que se declararon inconstitucionales diversos artículos de la Ley del Censo de la República Federal Alemana. Lo anterior, claro está, con independencia de que el término en cuestión, ya había sido usado en el terreno académico.

El mencionado tribunal se refirió a la autodeterminación informativa o de la información, en los siguientes términos:

La autodeterminación individual presupone —también bajo las condiciones de la moderna tecnología para el procesamiento de información— que a los individuos se les dé libertad para decidir sobre qué actividades emprender y cuáles omitir, incluyendo la posibilidad de comportarse efectivamente de conformidad con esa decisión. Quien no pueda estimar con suficiente seguridad, qué informaciones sobre sí mismo son conocidas en determinadas esferas de su medio social, y quien no pueda de algún modo valorar el conocimiento previo que los posibles interlocutores tienen de uno mismo, puede verse restringido esencialmente en su libertad para planear o decidir con base en su propia autodeterminación. Un ordenamiento social y un orden legal en el que los ciudadanos no pudieran conocer quiénes, cuándo y en qué circunstancias saben qué sobre ellos, serían incompatibles con el derecho a la autodeterminación de la información.³

³ Tribunal Constitucional Alemán, Sentencia de la Primera Sala, del 15 de diciembre, 1983 —1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83— en Schwabe, Jürgen (comp.), *Ju-*

Es de llamar la atención, que desde aquel entonces, casi cuarenta años atrás, el Tribunal Constitucional referido señaló que la proliferación de centros de datos ha permitido, gracias a los avances tecnológicos, producir “una imagen total y pormenorizada de la persona respectiva -un perfil de la personalidad-, incluso en el ámbito de su intimidad, convirtiéndose así el ciudadano en “hombre de cristal.”⁴ La importancia de lo anterior, en relación con nuestro tema, es insoslayable; sobre todo, si tomamos en cuenta también lo señalado por el tribunal alemán, en el sentido de que la persona posee un derecho de libre decisión y libre disposición sobre sus datos personales y puede determinar qué es lo que otros pueden saber sobre ella. Derecho que, en una lógica constitucional adecuada, sólo es susceptible de admitir limitaciones en el marco de un interés general superior, con base en la propia constitución y atendiendo, en su caso, al principio de proporcionalidad.

Así, la autodeterminación informativa es la prerrogativa que tiene todo individuo frente a cualquier ente público o privado, por la cual nadie debe introducirse, sin autorización expresa (ya sea por sí mismo o por mandato de ley o judicial), en aquellos aspectos que no son públicos sino de su vida personal, familiar, documentos, correspondencia y domicilio, para conocerlos, conservarlos, procesarlos y/o transmitirlos, independientemente de que dicha acción le cause o no, algún daño o molestia.

Por ende, este derecho representa una forma de protección a la intimidad que no sólo debe operar como delimitador de un ámbito de no interferencia frente a cualquier tercero, pues con el procesamiento de los datos personales en la actualidad, por algoritmos e inteligencias artificiales, por ejemplo, el derecho a la intimidad

risprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes, México, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 94-102, 2009. Disponible en: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038

⁴ *Ídem.*

adquiere hoy perfiles nuevos y distintos. De hecho, la invasión de la vida privada de las personas por parte de agentes sociales, públicos o privados, y la colisión de este derecho con otro igualmente protegible, el derecho de acceso a la información, lo sitúa como un derecho ejercitable *activamente*.

Ahora bien, si lo pensamos debidamente, intuitivamente parece claro que si toda persona tiene el derecho a la autodeterminación informativa, independientemente de que el conocimiento, conservación, procesamiento o transmisión de sus datos personales le cause o no, algún daño o molestia; por mayoría de razón, cuando dichos supuestos se presentan y tales daños o perjuicios se actualizan, toda persona debe tener la posibilidad de tener control acerca de lo que las personas saben de él o ella.

Adinolfi, en línea con lo anterior, percibe al derecho a la autodeterminación informativa como una especie dentro del género del derecho a la vida privada y dice que es un típico corolario de la sociedad moderna en la que las informaciones pueden dañar a las personas y cuyos elementos característicos podemos ubicar en (i) la autonomía del consentimiento, y (ii) en la posibilidad de autorizar, bloquear, oponerse, ratificar y/o de quedarse indiferente respecto a las circulaciones de voces y/o informaciones, acerca de la persona misma.⁵ Consecuentemente, en este caso, se trata de un derecho fundamental del individuo, que le faculta para ejercer un conjunto de controles sobre sus datos personales cuando estos se encuentran en posesión de otras instancias (públicas y privadas) y entre los que, entre otros, son de resaltar el de conocer y controlar qué datos de su persona han sido recabados y para qué finalidad o motivo, cuál será el uso específico que se les dará, la vigencia de su uso y quién es responsable de su tratamiento.

⁵ Vid. Adinolfi, G., "Autodeterminación informativa, consideraciones acerca de un principio general y un derecho fundamental." en *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(17), 2007. doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2007.17.5807>

El problema radica en que, aunque teóricamente sería irrazonable discrepar de lo anterior, lo cierto es que el diseño descentralizado de Internet y las lógicas de macrodatos y de sus actores como las Big Techs, dificultan la autodeterminación informativa de las personas y el efectivo control que sobre sus datos pueden tener. Lo cual, impacta de modo directo en la posibilidad material de dar cauce al derecho al olvido digital, entendido como el derecho que toda persona pueda tener, a que sean suprimidos los datos personales que hubiese facilitado para su publicación, por parte de servicios de redes sociales y servicios equivalentes de la sociedad de la información en que vivimos, así como los datos personales facilitados por terceros y que sean o, como hemos dicho, con el tiempo hayan devenido en inadecuados, inexactos, no pertinentes, desactualizados o excesivos. Dicho de otro modo, el derecho a que sus datos personales sean removidos de cualquier sitio si no existe una razón convincente para que estén almacenados y accesibles digitalmente.

Debemos entender que, en tanto el derecho a la protección de datos personales, sea reconocido y protegido internacionalmente, hemos buscado responder al vertiginoso y enorme cambio tecnológico, a la digitalización de la información y a sus nuevas formas de procesamiento y análisis; paulatinamente, hemos caído en cuenta de que la protección de la vida privada por los factores tiempo y espacio que antes nos beneficiaban, no existe más, en virtud de justamente, los elementos referidos.

Por ello, y en una lógica liberal en la que el derecho puede ser un contrapeso frente a los cambios tecnológicos referidos, y frente a sus implicaciones en relación con la honra, la reputación, la intimidad, privacidad, autodeterminación informativa y libre desarrollo de la personalidad de los individuos, el derecho al olvido pretende ser una respuesta protectora de los referidos derechos, pero haciendo frente al mantenimiento indefinido de información que concierne a nuestra persona en las redes y plataformas digitales por medio de las cuales realizamos las más diversas actividades, interactuamos,

nos vinculamos y accedemos, difundimos y replicamos información en los más diversos formatos, y desde cualquier punto del mundo.

La aproximación, más tecnológica que teórica de inicio, que tienen algunos autores, puede servir al propósito de abordar el tema del derecho al olvido de un modo quizá más efectivo e integral, si se combina con la construcción referida y necesaria de argumentaciones y razones válidas para su operación y eficacia, por parte no solo de los académicos, sino sobre todo, de los órganos encargados de su eventual aplicación, que sirvan a la configuración de su marco conceptual y normativo.

En ese sentido, autores como Lessig argumentan que la creencia común y extendida en el sentido de que el ciberespacio escapa a las posibilidades de regulación y es esencialmente inmune al control de los gobiernos y/o de cualquier otra persona, es incorrecta. El ciberespacio, señala nuestro autor, se encuentra definido por su diseño, por su código. Es decir, el software y el hardware cuyo diseño hace del espacio digital lo que es y que puede crear tanto un lugar de libertad como ocurrió con la arquitectura original de la red, o bien, un lugar de control detallada y exquisitamente opresivo; pero tampoco, inevitable. Desde esta óptica, a través del código, podemos y debemos elegir el tipo de ciberespacio que queremos y qué libertades garantizaremos. Las opciones de control así, se pueden enfocar también proyectivamente y desde la arquitectura de los desarrollos y las decisiones que a la misma subyacen en cuanto a qué tipo de código gobernará el ciberespacio y en manos de quién estará su control. Decisiones que deben estar en manos de abogados, desarrolladores, legisladores y especialmente las y los ciudadanos en lo relativo a las determinaciones de qué valores refleja o debe reflejar ese código como la forma más significativa de derecho aplicable en su entorno.⁶

⁶ Vid. Lessig, Lawrence, *Code: And other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, Estados Unidos, Basic Books, 2006, Capítulos 1, 4 y 5.

En congruencia con el argumento de Lessig, parecería que el punto estaría en introducir al código respectivo, fechas de caducidad a la accesibilidad de la información y poner los controles correlativos en manos de diversas personas como podrían de inicio, ser las o los usuarios, lo cual, por cierto, ya ocurre en algunas plataformas.⁷

Sin embargo, específicamente en relación con el derecho al olvido, parece que redefinir los códigos para impedir los efectos negativos que se pueden derivar de la capacidad de almacenaje permanente de la información en el espacio digital, no es una solución completa ni una garantía para las personas en su intimidad, privacidad, honra, reputación y libre desarrollo de su personalidad. Especialmente, si esta opción se pone a la luz de la forma en que se construyen los distintos servicios de la sociedad de la información, los actores preponderantes del espacio digital o *Big Techs*, los nuevos desarrollos en materia de análisis de macro datos o *Big Data*, y los retos que de tales elementos, se derivan para la posibilidad de generar regulación y políticas públicas que no se vean inmediatamente rebasadas en un contexto de economía de datos y un capitalismo de plataformas digitales⁸ que en gran medida, concentran e impulsan las interacciones sociales, económicas, políticas y comunicativas a través de internet, actuando como dice Schiller, como una especie de “casamenteros entre diferentes grupos de consumidores y/o empresas en la sociedad del mercado digital de datos.”⁹

⁷ Algunas aplicaciones de mensajería en la actualidad como Snapchat, Whatsapp, Telegram y otras, así como la mayoría de los sistemas operativos existentes, ya permiten que las y los usuarios establezcan fechas perentorias para la accesibilidad de ciertas informaciones que suben a la red o distribuyen. Asimismo, muchas plataformas de *streaming* mantienen accesibles sus contenidos por tiempos limitados.

⁸ Vid. Marciano, A., Nicita, A. & Ramello, G.B., “Big data and big techs: understanding the value of information in platform capitalism”, en *European Journal of Law and Economics* 50, 345–358, 2020. <https://doi.org/10.1007/s10657-020-09675-1>

⁹ Vid. Schiller, D., *Digital Capitalism. Networking the Global Market System*. Cambridge: MIT Press, 2000, Introducción.

El punto es que las soluciones técnicas no pueden abarcar ni responder a todos los retos que busca encarar el derecho al olvido. Lo anterior, porque el tratamiento masivo de datos es provechoso e interesante para la industria tecnológica y las corporaciones que pueden acceder a estas nuevas formas de extraer valor a la información sensible que se encuentra accesible en el espacio digital. Lo cual, se traduce en una escasez de incentivos reales para construir arquitecturas informativas y tecnologías con espacios que permitan a sus usuarios borrar los datos que ingresan y suben al mundo digital.

Además, las opciones meramente técnicas, suelen derivar en problemas porque para los usuarios, puede resultar muy complejo establecer una fecha de caducidad para sus datos por adelantado, al ignorar *a priori* sus necesidades futuras de información; y, sobre todo, porque estas vías técnicas, si bien cubren razonablemente el escenario de la publicación voluntaria de datos propios, dejan de lado por completo los casos en que el tratamiento de datos se realiza por terceros, con fines potencialmente contrapuestos a la voluntad de las personas dirigida al establecimiento de un límite temporal preciso para la accesibilidad de su información; porque de hecho, la fijación de cualquier límite en ese sentido, podría echar por tierra los fines que persigan el tercero o los terceros de que se trate, con la recolección y el tratamiento de datos. Razón por la cual, y con las limitaciones ya descritas en sus alcances, este modelo solo podría funcionar parcialmente para el caso de establecerse en la normativa y aplicarse eficazmente la obligación a cargo de los terceros que procesan y tratan datos, para fijar fechas de caducidad o abrir el código a la posibilidad de que las y los usuarios fijen por sí mismos tales plazos perentorios¹⁰ a la accesibilidad de su información.

¹⁰ Vid. Koops, Bert-Jaap, “Forgetting footprints, shunning shadows. A critical analysis of the “right to be forgotten” in big data practice” en *Scripted*, vol. 8, issue 3, pp. 229-256, 2011, apartado 4.1.2. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1986719

Así, como lo señala la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad (ENISA), en realidad, todos los enfoques técnicos tendientes a garantizar el derecho al olvido son vulnerables a la realización de copias no autorizadas de información mientras la fecha de caducidad o perentoria no haya llegado y el acceso público se encuentre abierto. Asimismo, es vulnerable a la distribución de dichas copias, aún después de que los datos han caducado. Por ende, como lo dijimos ya, el derecho al olvido no puede garantizarse utilizando únicamente medios de tipo técnicos. Aunque del mismo modo, debe decirse que algunas soluciones parciales son susceptibles de encontrarse si se solicita, por ejemplo, a los motores de búsqueda que excluyan datos personales vencidos de sus resultados de búsqueda.¹¹ En cuanto a información concerniente al pasado penal de las personas, se puede eventualmente vincular a las plataformas digitales a prever fechas de caducidad que tomen en cuenta los plazos de prescripción aplicables y en el caso de actualizaciones de situación jurídica de las personas (vgr. dictado de sentencia absolutoria), la sentencia podría servir al efecto de promover la supresión de cierta información, al menos, de los referidos motores de búsqueda.

A pesar de ello, son justamente las limitaciones indicadas que afectan a las soluciones meramente tecnológicas o de código, lo que nos obliga a construir mejores razonamientos, argumentaciones y definiciones jurídicas en torno al derecho al olvido en el espacio digital, así como a pensar en sus perspectivas y posibilidades de consolidación, reconocimiento internacional y por supuesto, eventual garantía; como derecho fundamental vinculado de manera directa con la protección de los datos personales, la privacidad, la intimidad, la honra, la reputación, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas.

¹¹ Vid. European Union Agency for Cybersecurity, *The right to be forgotten – between expectations and practice*, Noviembre de 2012, numeral 4.4 “Existing techniques for expiration of data.” Disponible en: <https://www.enisa.europa.eu/publications/the-right-to-be-forgotten>

III. PERSPECTIVAS Y POSIBILIDADES DEL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL EN MÉXICO

Habiendo delineado en lo general lo que es el derecho al olvido enfocado hacia algunas de las problemáticas que representa su efectiva vigencia, implementación y garantía en el mundo digital, es momento de reflexionar en torno a las perspectivas y posibilidades de implementación de este derecho en México.

Si partimos de que como lo señalamos anteriormente, el derecho al olvido digital no sólo presenta dificultades de implementación técnico-práctica y vigencia efectiva, sino que, además, no se encuentra universal e internacionalmente reconocido o garantizado, parece claro que en nuestros esfuerzos por llevar este derecho a nuestro marco jurídico nacional, no podremos partir de un asidero ideacional, conceptual, jurisprudencial y normativo razonablemente avanzado, consolidado y uniforme en el orbe.

En tal contexto, sin embargo, se considera valioso partir de la normativa existente en otras latitudes en torno a este derecho y aprovechar las ventanas constitucionales contenidas en los artículos 1º y 16º, párrafo segundo (relativo en específico al derecho humano a la protección de datos personales), en relación con el 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y que se encuentran abiertas para que los organismos garantes en materia de protección de datos personales puedan voltear al exterior. Ello, para que con los principios aplicables en materia de derechos humanos en mente, y en mano, capitalicen y tomen las experiencias que en esta materia han probado ser razonablemente exitosas en otras naciones o regiones, sirviéndose de las mismas para el diseño y cocreación de soluciones prácticas en nuestro país y que, nuevamente, en una lógica de progresividad, deben ser planteadas y vistas, en todo momento, como incrementales o susceptibles de volverse tales para de igual modo, dar vigencia, eficacia y garantía a este derecho al olvido digital en nuestro país.

En congruencia con lo anterior, en el presente apartado voltearemos inicialmente hacia el viejo continente, para analizar algunas aproximaciones conceptuales y normativas al derecho al olvido existentes, revisar sus limitaciones y alcances; y así, posteriormente, repasar algunas interpretaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que se vinculan con este tema y que pueden servirnos como país, al efecto de comenzar a delinear e integrar, la base conceptual y argumentativa que nos sirva a la construcción de los diseños normativos, institucionales y procedimentales, necesarios al efecto.

Lo anterior, es importante advertirlo, con la convicción de que es posible hacer ese tipo de ejercicios y aprovechar por tanto, en beneficio de las personas y de nuestros esfuerzos de regulación, la relación y constante interacción existentes entre las ideas, el lenguaje y el cambio social (vgr. cultural, jurídico, político, etc.) y partiendo de la idea de Winch en el sentido de que el cambio social, como lo puede ser válidamente un cambio de regulación o la emisión de una nueva vinculada con las libertades y derechos humanos, se encuentra gobernado por reglas de la misma manera que el lenguaje está gobernado por reglas.¹²

En ese sentido, y dicho de otro modo, nos parece que participar en el cambio social consistente en la construcción de los elementos necesarios para la vigencia, eficacia y garantía de este derecho vinculado con la dignidad de las personas al buscar la protección de su privacidad, intimidad, honra, reputación y libre desarrollo personal, es participar en un juego de lenguaje en el que las reglas del juego (vgr. las ventanas constitucionales mencionadas y susceptibles de ser aprovechadas por los organismos garantes en la materia y en el marco de sus facultades y atribuciones) determinan la posibilidad misma de cambio, respecto del cual, las ideas, con independencia

¹² Vid. Winch, Peter, *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, 2nd edition, England, London, Routledge, 1990, p. 52

de su origen (nacional o no), tienen y pueden tener una posición privilegiada que debe aprovecharse. Porque dichas ideas operan, en todo caso, como entidades expresivas que proyectan nuevas posibilidades a partir de reglas existentes y por medio de una especie de colonización de sistemas comunicativos, de sus lenguajes y de sus vocabularios correlativos.¹³ Proceso que, por supuesto, acaba por conectarles en virtud de empalmes ontológicos y conceptuales profundos y arraigados, en este caso y mayormente en la narrativa de libertades y derechos humanos que como humanidad hemos ido construyendo y desarrollando desde 1948 de modo más específico y con la universalidad como objetivo, pero también a través de su significación mutuamente complementaria, su progresiva resignificación y desarrollo, su interdependiente descripción y redesccripción; las cuales, todas, entrañan y pasan eventualmente, por una valoración o autovaloración de dichos sistemas y sus elementos.

Expuesto lo anterior, comenzaremos con el contenido de la Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de los Derechos Digitales (LOPD) española, en específico, sus artículos 93 y 94¹⁴ que se relacionan de manera directa con nuestra materia de estudio en este trabajo. Primeramente, es importante señalar que la aproximación española al derecho al olvido distingue en su normativa señalada, y respectivamente, entre el citado derecho en (i) búsquedas de internet y (ii) en redes sociales. Asimismo, que por lo que toca al segundo de los preceptos en mención y conforme al artículo 2 de la LOPD, su ámbito material de validez lo constituye cualquier tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de los aludidos datos contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero o base de datos.

¹³ Vid. Berumen, Antonio, *El búho de Minerva. Apuntes de Filosofía del Derecho*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, 2016, pp. 401-2

¹⁴ Vid. Ley Orgánica Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, España, Cortes Generales, 2018. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2018/12/06/pdfs/BOE-A-2018-16673.pdf>

Para efectos de claridad y análisis, se estima conveniente traer a la vista el contenido íntegro de las disposiciones en comento:

Artículo 93. Derecho al olvido en búsquedas de Internet.

1. Toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

Del mismo modo deberá procederse cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los enlaces por el servicio de búsqueda en Internet.

Este derecho subsistirá aun cuando fuera lícita la conservación de la información publicada en el sitio web al que se dirigiera el enlace y no se procediese por la misma a su borrado previo o simultáneo.

2. El ejercicio del derecho al que se refiere este artículo no impedirá el acceso a la información publicada en el sitio web a través de la utilización de otros criterios de búsqueda distintos del nombre de quien ejerciera el derecho.

Artículo 94. Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes.

1. Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes.
2. Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos los datos personales que le conciernan y que hubiesen sido facilitados por terceros para su publicación por los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo

en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

Del mismo modo deberá procederse a la supresión de dichos datos cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los datos por el servicio.

Se exceptúan de lo dispuesto en este apartado los datos que hubiesen sido facilitados por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas.

3. En caso de que el derecho se ejercitase por un afectado respecto de datos que hubiesen sido facilitados al servicio, por él o por terceros, durante su minoría de edad, el prestador deberá proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad de que concurran las circunstancias mencionadas en el apartado 2.

Primeramente, debemos notar que con independencia del tipo de servicio de internet de que se trate (buscadores o redes sociales y servicios equivalentes), el derecho al olvido en estos dos ámbitos específicos se encuentra descrito como el derecho de toda persona a que sean suprimidos de tales plataformas, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación; así como los datos personales facilitados por terceros y que sean inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados y/o excesivos o que hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

Ahora bien, aunque la normativa tomada como ejemplo, dijimos que para efectos de nuestro estudio, nos parece una aproximación inicial adecuada al derecho al olvido por parte del orden jurídico español, desde un punto de vista conceptual y a partir de su propio contenido, podemos deducir ya, como lo anticipábamos desde el apartado previo, ciertos problemas prácticos que se presentan en relación con la vigencia y regulación de este derecho, su ejercicio y los alcances limitados de sus efectos y aplicación en la actualidad.

Si dividimos los extremos que se contemplan en la propia definición normativa que nos ocupa en dos grupos, podríamos quizá pensar en dos subconjuntos. Por un lado, un subconjunto conformado por los elementos objetivos que pretenden describir los adjetivos inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados y/o excesivos; y por otro, el integrado por los parámetros de interpretación, ponderación y aplicación de este derecho, relativos a la debida valoración y consideración de los fines para los que se recogieron o trataron los datos respectivos, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

En lo tocante al primero de los subconjuntos, las categorías analíticas definidas por los términos inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados y excesivos, claramente proporcionan alguna orientación en forma de parámetros mínimos para la apreciación de este derecho al olvido digital por lo que toca a los supuestos en que puede ejercitarse. Sin embargo, dichos términos contienen en sí mismos amplios márgenes a la interpretación. Incluso los de inexactos y excesivos que pudiésemos pensar más objetivos.

En adición a lo anterior, debe decirse claramente que la distinción entre, “buscadores” y “redes sociales o servicios equivalentes” no abarca todo el universo de servicios digitales que existen en la actualidad o susceptibles de existir y que la equivalencia de servicios, puede ser eventual e igualmente debatible.

Además, las posibilidades de supresión de información, se limitan, en el caso de motores de búsqueda, a los resultados que se hubieren obtenido por consultas a partir del nombre de la o el afectado (numerales 1 y 3 del art. 93 de la ley española en comento), lo que deja fuera de los alcances del ejercicio activo de este derecho, a una infinidad de posibilidades de resultados que, aun sin el nombre de la persona, dirijan a los datos que deberían suprimirse al ubicarse en uno o varios de los extremos normativos que en este momento revisamos.

Nos referimos en concreto, a resultados indirectos obtenidos por búsquedas realizadas con criterios diversos al nombre, pero que no por ello no pueden generar un daño en los derechos y libertades, hacia cuya protección y garantía se encuentra orientado este derecho digital. El cual debemos entender como inserto en una nueva gama de derechos relacionados con la sociedad de la información y que configuran, lo que algunos autores denominan una cuarta generación u ola de derechos humanos, producto de nuevas reivindicaciones de la ciudadanía por una parte y, por la otra, de las transformaciones tecnológicas que hemos experimentado. Estos derechos y libertades surgen de los nuevos conocimientos científicos y corresponden en su atención al actual Estado social de derecho o Estado democrático constitucional.¹⁵

Continuando con nuestro análisis de la LOPD española y por lo que hace al procedimiento sumarisimo de supresión de datos instituido en la normativa en comento respecto del caso de menores, y aun con las limitaciones ya mencionadas, el tratamiento es razonable en una lógica de interés superior de las y los menores, aunque limitado en sus efectos y pasa además, eventualmente, por distinciones entre sujetos obligados por la legislación respectiva, es decir, su naturaleza pública o privada.

Por lo que toca al segundo subconjunto de supuestos o extremos normativos que dijimos, constituyen los parámetros de interpretación, ponderación y aplicación de este derecho, relativos a la debida valoración y consideración de los fines para los que se recogieron o trataron los datos respectivos, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información; es importante visibilizar que tales supuestos normativos requieren que en una lógica de aplicación de caso por caso, las autoridades facultadas al efecto y que en el

¹⁵ Vid. Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos, “La Cuarta Ola De Derechos Humanos: Los Derechos Digitales (Fourth Wave of Human Rights: The Digital Rights)” en *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Volumen 25 (1), I Semestre 2014 (ISSN: 1659-4304), Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2515038>

caso mexicano lo son el Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (SNT) y el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), organismo garante nacional en la materia, vayan construyendo los argumentos y relaciones conceptuales, ideacionales, normativas e institucionales, así como los criterios que deban aplicar y prevalecer para dar paulatina, incremental y progresiva sustancia al derecho al olvido digital.

Pero pasemos ahora a lo que prevé el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos o RGPD).¹⁶

Al respecto, establece que el tratamiento que realizan personas, empresas u organizaciones de los datos personales relacionados con personas en la Unión Europea (UE), de su ámbito material de aplicación; se encuentran excluidos i) el tratamiento de datos personales de personas fallecidas o jurídicas y ii) el tratamiento que realice una persona física por motivos exclusivamente personales o en el marco de una actividad doméstica, siempre que dicho tratamiento, no guarde relación con actividad profesional o comercial alguna. Asimismo, cuando una persona utilice los datos personales fuera de la esfera estrictamente personal, como actividades socioculturales o financieras, dicha persona deberá respetar el RGPD en materia de protección de datos.

¹⁶ Vid. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), Unión Europea, Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2016. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>, así como sus correcciones.

La emisión del RGPD en su momento, se encuadra en la reforma normativa realizada por la Unión Europea con el objetivo de garantizar unos estándares de protección de datos elevados y adaptados a la realidad digital del mundo actual. Es en esta reglamentación de carácter regional que encontramos consideraciones que no sólo aluden a los contenidos de la normativa europea en materia de derechos humanos y expresamente le reconocen tal carácter al derecho de protección de datos personales; sino que en ella, se contienen consideraciones importantes que estimamos pertinente mencionar, al guardar directa relación con el derecho al olvido digital.

Así, el RGPD señala que los principios y normas relativos a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos de carácter personal deben, con independencia de su nacionalidad o residencia, respetar sus libertades y derechos fundamentales, en particular el de protección de los datos de carácter personal (Consideración (2)). En su Consideración (4), el RGPD unívocamente señala que el tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad. Asimismo, esta Consideración reconoce que el derecho a la protección de los datos personales no es absoluto, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales. Ello, con arreglo al principio de proporcionalidad.

Hay dos reconocimientos de la mayor relevancia en el RGPD, que conectan con nuestra materia de reflexión en este trabajo. Las consideraciones (5) y (6) de esta normativa, prácticamente reconocen y declaran que la integración económica y social, así como la rápida evolución tecnológica y la globalización, suponen nuevos retos y desafíos para la garantía de la protección de los datos personales, derecho humano que podemos pensar como el continente del derecho al olvido digital que nos ocupa. Lo anterior, en razón de la inmensa cantidad de datos personales que circulan y son recolectados en el espacio digital y el hecho de que la tecnología actual

permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas traten datos personales en una escala masiva al realizar sus actividades o desplegar actos de gestión pública, respectivamente.

Nos parece, que la asunción del contexto digital en que habitamos, abona al trazo de orientaciones, valores y principios rectores que pueden sustentar o cimentar la razonable, efectiva, progresiva e interdependiente protección y garantía del derecho a la protección de datos personales en general y la del derecho al olvido digital, materia de nuestras reflexiones, en específico.

Ahora bien, la Consideración (65) del multicitado Reglamento, establece lo siguiente:

(65) Los interesados deben tener derecho a que se rectifiquen los datos personales que le conciernen y un «derecho al olvido» *si la retención de tales datos infringe el presente Reglamento o el Derecho de la Unión o de los Estados miembros aplicable al responsable del tratamiento. En particular, los interesados deben tener derecho a que sus datos personales se supriman y dejen de tratarse si ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, si los interesados han retirado su consentimiento para el tratamiento o se oponen al tratamiento de datos personales que les conciernen, o si el tratamiento de sus datos personales incumple de otro modo el presente Reglamento.*¹⁷ (el énfasis es propio)

De lo transcrito y que en mucho se confunde, válida y justificadamente, con los derechos de cancelación y oposición que conocemos en materia de protección de datos personales, es de subrayarse la consideración de un criterio de necesidad presente en la expresión *si ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos* y que parece más objetivo que el de pertinencia, previsto en la LOPD ya comentada. Sobre todo, porque la pertinencia, da mayor espacio a enfoques subjetivos mientras que la necesidad, puede enfocarse desde la óptica de los fines que el acto comunicativo o de difusión tuvo o pudo tener en un determinado momento.

¹⁷ *Ídem.*

Asimismo, la necesidad puede enfocarse, desde los efectos que en forma de afectaciones, se generan actual o potencialmente, en perjuicio de las personas al vulnerarse sus derechos a la intimidad, la privacidad, la honra, reputación, autodeterminación informativa y, en todo caso, al libre desarrollo de la personalidad, por virtud de informaciones que en términos de lo expuesto, no cumplen fin alguno o han dejado de cumplirlo y cuya permanencia en el espacio digital afecta digital, pero también materialmente, a las personas en los ámbitos enunciados. Tales enfoques también pueden servir mucho más de cara a un análisis de proporcionalidad para efectos de aplicación del derecho al olvido digital.

En este punto y en ese mismo sentido, es preciso señalar también, que la propia Consideración (65) del RGPD señala que la retención ulterior de los datos personales es lícita cuando sea *necesaria*:

(...) para el ejercicio de la libertad de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal, para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.¹⁸

Así, la tensión entre publicidad y reserva o, mejor dicho, supresión de datos, que subyace bajo el derecho al olvido, no sólo ratifica su naturaleza relativa como derecho sino que el RGPD debidamente, taxativa y expresamente la resuelve por medio de la enunciación de las materias que operan como fronteras válidas frente a los alcances del ejercicio del derecho al olvido digital por parte de las personas.

Por su parte, la Consideración (66) habla del reforzamiento del “derecho al olvido en el entorno en línea” por medio de la ampliación del derecho de supresión hasta contemplar la obligación,

¹⁸ *Ídem.*

a cargo del responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales, consistente en indicar a los responsables del tratamiento que estén tratando tales datos personales que supriman todo enlace a ellos, o las copias o réplicas de tales datos. Al efecto, señala el Reglamento, el responsable respectivo debe tomar medidas razonables, teniendo en cuenta la tecnología y los medios a su disposición, incluidas las medidas técnicas, para informar de la solicitud del interesado a los responsables que se encuentren tratando los datos personales.

Si observamos con atención, en este punto las consideraciones del RGPD cobran una orientación hacia soluciones de tipo técnico que pretenden dar forma al derecho al olvido digital y que si bien, no son suficientes como ya lo hemos dicho para tales efectos, al haberse arraigado todo el entramado regulatorio bajo estudio en los principios, valores, dogmática, filosofía y contenidos normativos relativos a las libertades y derechos humanos, nos parece que incluso las limitadas soluciones o medidas técnicas, deben ser vistas desde detrás de los lentes de la progresividad, la interdependencia y el resto de los principios aplicables en esta fundamental materia. Lo anterior, es igualmente apreciable en la Consideración (67) del RGPD y en la que se realizan algunos planteamientos técnicos para limitar el tratamiento de datos personales, al tiempo que se resalta la relevancia y así, se privilegia el conocimiento y la certeza como precondiciones y presupuestos lógicos necesarios para (a) el libre ejercicio de la voluntad de las personas y, por ende, (b) el de su autodeterminación informativa.

La Consideración (156) del RGPD, por su parte, establece en lo relativo a nuestro objeto de estudio, la posibilidad de que los Estados miembros establezcan, bajo condiciones específicas, y a reserva de garantías adecuadas para los interesados, especificaciones y excepciones con respecto a, entre otros derechos¹⁹, el derecho al olvido;

¹⁹ Vid. *Ibidem.*, Consideración (156): Requisitos de información y los derechos de

y reitera que, ello, cuando se traten datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos. Esta misma Consideración, señala que tales condiciones y garantías pueden implicar procedimientos específicos para el ejercicio de los derechos que enuncia, si es que ello resulta adecuado a los fines perseguidos por el tratamiento específico de datos, junto con las medidas técnicas y organizativas destinadas a minimizar el mismo y atendiendo, en todo caso, a los principios de proporcionalidad y necesidad ya comentados con anterioridad.

En cuanto al contenido normativo del RGPD que se ocupa específicamente del derecho al olvido, aunque bajo la denominación de “derecho de supresión”, tenemos que el artículo 17 del ordenamiento reglamentario en cuestión, lo hace en los siguientes términos que, evitando reiteraciones innecesarias, en lo estrictamente conducente a nuestras reflexiones, a continuación transcribimos y brevemente, comentaremos.

Artículo 17. Derecho de supresión («el derecho al olvido»)

1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:
 - a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;
 - b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento (...) y este no se base en otro fundamento jurídico;
 - c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo (...) y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, (...);
 - d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente;
 - e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los

rectificación, de supresión, al olvido, de limitación del tratamiento, a la portabilidad de los datos y de oposición,

- Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento;
- f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.
2. Cuando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos.
3. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario:
- a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información;
 - b) para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable;
 - c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública (...);
 - d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, o
 - e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

De lo transcrito, en su apartado 1, establece los que podemos considerar como supuestos de procedencia de la supresión de datos personales. El inciso a) del apartado en mención, se refiere al criterio de necesidad que ya fue objeto de algunas reflexiones previas. Los incisos b) y c) en realidad, desarrollan el derecho de oposición en su conexión con la autodeterminación informativa de las per-

sonas en el sentido de libre ejercicio de su voluntad, mientras que el inciso d) parece un supuesto evidente al versar sobre el eventual tratamiento ilícito de datos personales que puede dar lugar al ejercicio del derecho digital que nos ocupa. Algo similar ocurre en relación con el inciso e) al referirse a la supresión de datos derivada del cumplimiento de obligaciones legales derivadas de normativa comunitaria o de los Estados nacionales miembros de tal modelo de integración regional.

Es digno de comentarse finalmente que, por lo que toca al supuesto normativo contenido en el inciso f) del apartado 2 del artículo 17 del RGPD bajo análisis, el mismo se refiere a la oferta directa a menores de servicios de la sociedad de la información. En este sentido, el inciso en comento nos remite al contenido del apartado 1 del artículo 8 del propio RGPD que establece, a su vez, que el tratamiento de los datos personales de un menor se considerará lícito cuando tenga como mínimo dieciséis años de edad. Este dispositivo, de igual modo, dispone que si el niño es menor a dicha edad, el tratamiento de datos respectivo únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el menor y únicamente en la medida en que se dio o autorizó.

La introducción de un parámetro de edad, como en el caso en revisión, aunque no deja de ser una determinación arbitraria, parece que representa una importante ampliación actual y potencial del derecho a la supresión de datos o derecho al olvido en el ámbito digital que puede promover la conciencia y favorecer la autodeterminación informativa de los menores de edad que se ubiquen entre dicho umbral y la plena mayoría de edad. Lo anterior, con el valor añadido de que este segmento poblacional de personas, no se encontraría sujeto a procedimientos que tengan que pasar necesariamente, por la figura de la representación jurídica de quienes ejerzan sobre ellas y ellos la patria potestad o la tutela; contando así,

con mecanismos expeditos y a su alcance, para proteger sus datos personales y por ende, su intimidad, privacidad, posibilidades de libre desarrollo de su personalidad y su dignidad.

Por lo que hace al apartado 2 del artículo 17 del RGPD, debe decirse que es en el mismo donde encontramos el reflejo de aquellas obligaciones extendidas que ya comentábamos que se han incluido paulatinamente en la normativa relativa a este derecho digital de reciente cuño y que corren a cargo de los responsables de tratamiento de datos personales que tras haberlos hechos públicos deban suprimirse en términos y en los supuestos ya revisados del apartado 1 del propio artículo 17 del RGPD. Estas obligaciones extendidas van así más allá de la mera supresión de los datos respectivos porque el precepto referido obliga al responsable del tratamiento a que, teniendo en cuenta la tecnología disponible y los costos de su aplicación, adopte medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales materia de la solicitud de supresión correspondiente, sobre la eliminación de cualquier enlace a los mismos, o cualquier copia o réplica de los mismos.

No pasa desapercibido que estas obligaciones extendidas que prevé el RGPD para los responsables del tratamiento de datos personales ante el ejercicio del derecho de supresión o derecho al olvido digital por parte de cualquier persona, se encuentran o pueden encontrar eventualmente, limitadas en sus efectos y alcances. Ello, a pesar de representar ya un importante avance en la potencial eficacia de este derecho si se le compara con los contenidos ya revisados de la LOPD española y cuyos ámbitos de aplicación se circunscriben buscadores y/o a redes sociales o plataformas digitales equivalentes, medios que como también lo hemos dicho, dejan de lado no solo a plataformas de diversas arquitecturas, sino que por lo mismo, no se ocupa de los que denominamos resultados indirectos. Lo anterior, en razón de que los elementos lingüísticos determinados por las expresiones i) tecnología disponible, ii) costos de su aplicación y iii)

medidas razonables (incluidas las técnicas), terminan por ser u operar como condicionantes de la obligación extendida prevista normativamente, cuya existencia o en su caso inexistencia permite o puede incluso dar lugar a diversas combinaciones en que el derecho al olvido digital o supresión puede hacerse nugatorio en lo relativo a estos alcances extendidos que la norma reglamentaria bajo análisis, persigue y pretende generar en beneficio de las personas a través de su ejercicio.²⁰

En lo tocante al apartado 3 del artículo 17 del RGPD, dejaremos de lado en nuestro análisis, los supuestos contenidos en los incisos b), c), d) y e) que desarrollan supuestos en los que los numerales 1 y 2 del precepto en cuestión, no son aplicables al ser necesario el tratamiento de datos respectivo en razón de cuestiones de orden público, salud pública, ejercicio de derechos y reclamaciones, cumplimiento de obligaciones legales; así como con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento. Lo último, alineado de manera clara con los contenidos ya revisados de la LOPD española.

Aclarado lo anterior y como lo habíamos anticipado, con base en los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), buscaremos complementar el estudio hecho hasta este punto y enfocaremos nuestro análisis en los párrafos siguientes, en la conexión y tensa relación, cuya existencia se encuentra implícita y se deriva del contenido del inciso a) del apartado 3 del artículo 17 en cita, entre la libertad de expresión y el derecho al olvido digital.

²⁰ Vgr. El caso en el que el responsable suprima sin dilación los datos que trataba y materia de una solicitud específica pero que, aunque la tecnología se encuentra disponible en términos generales, por cuestiones de costos es inaccesible para el eventual obligado a cumplir con las medidas razonables de comunicación a responsables correspondientes a terceros que hubiesen tratado los datos materia de la supresión u olvido determinado.

En ese sentido, debemos decir, a riesgo de que suene a verdad de perogrullo, que en relación con cualquier intento por regular el derecho al olvido digital, es preciso tomar en cuenta que no se puede restringir de forma ilegítima la libertad de expresión y debilitar las garantías avanzadas y logradas para ejercer los derechos humanos y libertades democráticas de ella emanadas a través de las tecnologías con que contamos en la actualidad.

Por lo mismo, debe evitarse a toda costa dar sustancia a pretensiones que busquen que las plataformas y redes, sean de alguna forma responsables por la información que sus usuarias y usuarios crean y/o comparten en ellas. Máxime, porque un diseño de ese tipo sería contrario a los estándares del SIDH sobre libertad de expresión e internet, los cuales explícitamente señalan que:

(...) ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo”²¹

De lo transcrito nuevamente trasciende la existencia de espacios complejos de interpretación en relación con lo que constituye una “intervención específica de contenidos”, a la luz de los análisis que las nuevas tecnologías de macrodatos, por ejemplo, permiten a las grandes compañías tecnológicas o *Big Techs*, y el uso de la información resultante de su aplicación.

Ahora bien, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de igual modo ha establecido que:

²¹ Vid. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Organización de los Estados Americanos, “Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet”, publicado en 2011. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>

[L]as plataformas digitales de los medios informativos no son controladores de datos personales, sino fuentes públicas de información y plataforma para la transmisión de opiniones e ideas sobre temas de interés público, y como tal no pueden ser susceptibles de una orden de desindexación, ni tampoco la supresión de un contenido en línea de interés público.²²

Con independencia de los temas de interpretación ya señalados y cuya presencia hemos detectado en la normativa y estándares revisados, es fundamental comprender que si bien, es cierto que la responsabilidad que les corresponde a las plataformas digitales, los motores de búsqueda y los medios de comunicación digitales respecto a los datos personales que recaban y tratan, por ejemplo, para fines de publicidad, comercialización o estadísticos, es legítima y proporcional porque efectivamente configura un tratamiento de datos personales en términos de ley; no es menos cierto que, a la luz de las normas y criterios internacionales, no existe ni debe de existir responsabilidad por parte de plataformas, redes y motores por el contenido que sus usuarias y usuarios compartan en sus espacios, ni por parte de los medios de comunicación respecto del contenido que divulgan como parte de su actuar profesional (porque para ello hay otros derechos como el de réplica, por ejemplo).

Por lo anterior, al cruzarse de manera meridianamente clara la regulación del derecho al olvido digital con los alcances y límites de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información, es importante encontrar un equilibrio con la confluencia de todas y todos los actores relevantes, entre dichas libertades fundamentales para todo estado democrático y la protección de los datos persona-

²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Organización de los Estados Americanos, “Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2016”, publicado en 2016. Párrafo 138, página 444. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/InformeAnual2016RELE.pdf>

les, considerando, en todo caso, que las restricciones a la libertad de expresión sólo resultan admisibles cuando cumplen con los estándares internacionales²³ que disponen que las mismas:

- (i) se encuentren establecidas por medio de leyes en sentido formal y material, y dichas leyes sean claras y precisas;
- (ii) busquen una finalidad imperativa orientada al logro de objetivos imperiosos, interpretados de acuerdo a los principios de una sociedad democrática;
- (iii) sean necesarias, idóneas y proporcionales para alcanzar la finalidad perseguida;
- (iv) se sometan a garantías judiciales; y
- (v) satisfagan el debido proceso.

Los incisos (ii) y (iii) inmediatos anteriores, de nueva cuenta subrayan los amplios ejercicios de interpretación que exigirá el dar sustancia a este derecho y que se tienen que realizar para, amén de las aproximaciones técnicas y normativas al derecho al olvido digital y su regulación, diseñar las bases conceptuales, argumentativas e institucionales sólidas que permitan visibilizar y construir este derecho cuya existencia lógica intuitivamente deriva del derecho humano a la protección de datos personales y a la autodeterminación informativa en cuanto al fondo y su teleología, pero considerando los extremos, supuestos y determinaciones comentadas.

En cualquier caso, deberemos acercar, en la medida de lo posible, los términos usuaria y usuario al de persona a través de una proyección de los derechos humanos a lo digital, de manera progresiva, interdependiente, indivisible y con la universalidad como meta.

²³ Vid. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Organización de los Estados Americanos, “Libertad de expresión e Internet”, publicado en 2013, párrafo 55, página 28. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf

III. REFLEXIONES FINALES

El derecho al olvido digital es una necesidad surgida como producto colateral de los desarrollos tecnológicos utilizados por la humanidad en los últimos veinticinco años y el advenimiento del espacio digital como ámbito en el que se realizan en la actualidad, todo tipo de actividades e interacciones humanas.

La falta del reconocimiento internacional y homogéneo de este derecho, se ha traducido en su desigual desarrollo y paulatina construcción más o menos comprensiva, a través de instituciones encargadas de garantizar la protección de los datos personales de algunas naciones y modelos de integración regional como el Europeo, órganos jurisdiccionales, así como aquellos que integran los sistemas de protección de derechos humanos como el caso del Sistema Interamericano.

En nuestro país, a pesar de contar con legislación general y local en materia de protección de datos personales, carecemos de un marco normativo y procedimental para dotar de sustancia al derecho al olvido digital. Sin embargo, las disposiciones constitucionales con que contamos, en específico, el artículo primero, 16, párrafo segundo, ambos en relación con el 133, representan ventanas constitucionales que permiten en el caso mexicano, al organismo garante nacional en la materia y el Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, voltear al exterior.

Lo anterior, para aprender, capitalizar y aprovechar las experiencias razonablemente exitosas que en materia de derecho al olvido digital existen y se encuentran en gestación al día de hoy en otras latitudes, para efectos de incorporarlas en los planteamientos de diseños regulatorios que se ocupen de dar vigencia, eficacia y sobre todo garantía a este derecho digital de reciente cuño, cuyas vinculaciones con la salvaguarda y protección de la intimidad, privacidad, autodeterminación informativa y, consecuentemente, con el dere-

cho al libre desarrollo de la personalidad, le dotan de un peso específico que debe llamarnos a ocuparnos de proveer las condiciones materiales y formales que lo hagan viable de un modo progresivo y susceptible de irse ajustando conforme las propias tecnologías y sus avances, lo permitan.

Si bien, es claro que no podremos resolver por completo la tensión detectada y natural entre, por un lado, la libertad de expresión y acceso a la información y, por otro, la reserva que supone el derecho al olvido digital al suprimirse los datos que se ubican en los supuestos normativos correspondientes y que hacen viable y válido su ejercicio, debemos desde ahora darnos a la tarea de formar no solo las bases ideacionales, conceptuales y argumentativas necesarias para construir e incorporar este derecho de modo eficaz a nuestro marco jurídico.

También es preciso que comprendamos sus limitaciones que debemos enfocar no sólo con soluciones técnicas o de código, pero asimismo, que algunos supuestos que lo hacen procedente, se pueden vincular y, por ende, son más fácilmente procesables, con disposiciones legales ya existentes y/o con el cumplimiento de obligaciones o la preservación de derechos procesales y sustantivos de terceros. Por lo cual, es preciso generar los diseños mínimos necesarios para descontar de inicio, los espacios en los que, aún con los derechos humanos y sus principios en mente, la improvisación o la construcción simultánea de soluciones y el despliegue de gestión pública por parte de los órganos competentes en materia de protección de datos personales, puedan traducirse en excesos para el promovente o solicitante y/o para el eventual responsable de los datos materia del olvido solicitado.

Sobre todo, porque normar de modo claro tales escenarios que se relacionan como hemos visto, con parámetros más objetivos como la existencia de obligaciones legales, el interés público, la ciencia, etc., se traducirá por eliminación, en un mejor y más eficaz procesamiento de aquellos casos límite en los que se presenten eventuales

colisiones de derechos y cuya resolución exigirá entonces ejercicios más amplios y profundos de interpretación, ponderación y la aplicación de estándares de necesidad y proporcionalidad, para la generación de los equilibrios necesarios para balancear la publicidad, la libertad de expresión y las posibilidades de acceder a información, frente a la libertad de las personas, su intimidad y su dignidad.

Ante las necesidades de proteger tales principios y valores indispensables y fundamentales para todo Estado democrático constitucional, es nuestra obligación generar diálogos constructivos a nivel local, regional e internacional y aplicaciones eficaces de políticas públicas maleables y actualizables de un modo ágil para mantener la brecha temporal entre avances tecnológicos y capacidades regulatorias, lo más reducida posible.

V. REFERENCIAS

- Adinolfi, G., “Autodeterminación informativa, consideraciones acerca de un principio general y un derecho fundamental.” en *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(17), 2007. doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484881e.2007.17.5807>
- Berumen, Antonio, *El búho de Minerva. Apuntes de Filosofía del Derecho*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, 2016.
- Brock, George, *The Right to be Forgotten. Privacy and the Media in the Digital Age*, Inglaterra, I.B. Tauris & Co. and Reuters Institute for the Study of Journalism, 2016.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Organización de los Estados Americanos*, “Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet”, publicado en 2011. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>

-----, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Organización de los Estados Americanos, “Libertad de expresión e Internet”, 2013. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf

-----, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Organización de los Estados Americanos, “Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2016”, publicado en 2016. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/InformeAnual-2016RELE.pdf>

European Union Agency for Cybersecurity, *The right to be forgotten – between expectations and practice*, 20 de noviembre de 2012. Disponible en: <https://www.enisa.europa.eu/publications/the-right-to-be-forgotten>

Koops, Bert-Jaap, “Forgetting footprints, shunning shadows. A critical analysis of the “right to be forgotten” in big data practice” en *Scripted*, vol. 8, issue 3, pp. 229-256, 2011. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1986719

Lessig, Lawrence, *Code: And other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, Estados Unidos, Basic Books, 2006.

Marciano, A., Nicita, A. & Ramello, G.B., “Big data and big techs: understanding the value of information in platform capitalism”, en *European Journal of Law and Economics* 50, 345–358, 2020. <https://doi.org/10.1007/s10657-020-09675-1>

Mieres, Luis Javier, *El derecho al olvido digital. Documento de trabajo 186/2014*, España, Fundación Alternativas, 2014. Disponible en: https://www.fundacionalternativas.org/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf

Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos, “La Cuarta Ola De Derechos Humanos: Los Derechos Digitales (Fourth Wave of Human Rights: The Digital Rights)” en *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Volumen 25 (1), I Semestre 2014 (ISSN: 1659-4304), Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2515038>

Schiller, D., *Digital Capitalism. Networking the Global Market System*. Cambridge: MIT Press, 2000

Schwabe, Jürgen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009. Disponible en: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038

Winch, Peter, *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, 2nd edition, England, London, Routledge, 1990.

1. NORMATIVIDAD

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2020. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf

Ley Orgánica Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, España, Cortes Generales, 2018. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2018/12/06/pdfs/BOE-A-2018-16673.pdf>

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), Unión Europea, Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2016. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

2. RESOLUCIONES

Tribunal Constitucional Alemán, Sentencia de la Primera Sala, del 15 de diciembre, 1983 –1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83– en Schwabe, Jürgen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, México, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 94-102, 2009. Disponible en: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038

DERECHO HUMANO DE LIBERTAD RELIGIOSA

Eric Daniel Padilla Almazán¹

I. INTRODUCCIÓN

A modo de introducción es importante señalar que el fenómeno de la religión en México, como en varios países del mundo entero, tiene diferentes expresiones, pasa por diversos matices y es construido por nutridas experiencias personales-colectivas. Las expresiones que tienen cada una de las religiones, dependen en mucho del papel que desempeña el ser humano en sociedad, ya que el individuo mediante ceremonias, ritos y diversas solemnidades, cumple con los mandatos de su conciencia, exterioriza su vivencia espiritual, las cuales terminan por impactar en el ejercicio propio de derechos para quien los ejerce, y en terceros.

Un referente para este tipo de expresiones individuales y colectivas, es por medio del orden jurídico, el cual regula las actividades del hombre en sociedad, contempla forzosamente las diversas manifestaciones religiosas del individuo y, por ello que no puede haber legislación alguna que pueda escapar o suprimir la religión. En el caso de México, el orden jurídico no siempre ha protegido el Derecho Humano a la Libertad Religiosa; al contrario, en algunas ocasiones lo ha restringido casi hasta suprimirlo, o como es el caso que nos corresponde lo deja a “medias”. Es por esta razón, que es preciso llegar a un entendimiento cabal del Derecho Eclesiástico Mexicano, y cómo son “entendidos”, así como el alcance que tienen los Derechos Humanos, tomando en cuenta los diversos factores

¹ Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); especialista en Derecho Electoral con mención honorífica por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Máster en la Protección Constitucional y en el Sistema Interamericano de los Derechos Fundamentales “Dr. Jorge Carpizo” 2015, por parte del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y del Instituto de Derecho Parlamentario de la Universidad Complutense de Madrid.

que han determinado la creación de instituciones jurídicas, y cómo éstas terminan por incorporar el ámbito constitucional el Derecho Fundamental de la Libertad Religiosa.

II. DERECHOS HUMANOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Una de las primeras anotaciones que parece pertinente realizar, es dejar en claro la diferencia que existe entre los conceptos que se citan como título del presente apartado, para tales efectos recurriremos a lo referido por el Dr. Miguel Carbonell en su texto “Los Derechos Fundamentales en México”, en el cual se expresa lo siguiente:

“En los usos lingüísticos jurídicos, políticos e incluso comunes de nuestro tiempo, el término “derechos humanos” aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los “derechos fundamentales”. Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. ...

Los derechos humanos aúnan, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que debiendo ser objeto de positivación no lo han sido”.²

Lo anterior nos deja en claro que los “derechos humanos” deben de ser objeto de positivización, como es el caso de los Derechos Fundamentales, pero no es hasta el siguiente apartado cuando nos presenta algunos supuestos, que en ocasiones dificulta su compren-

² Carbonell Miguel “Los Derechos Fundamentales en México” Edit. Porrúa, México, 2005. Pág. 9.

sión y sobre todo su aplicación por parte de los impartidores de justicia en nuestro país.

*“Las fronteras conceptuales de los derechos humanos son menos precisas que las que tienen los derechos fundamentales. Quizá por esa razón es por la que sobre los derechos humanos han escritos muchas páginas (algunas muy buenas) los sociólogos, los economistas, los politólogos, los filósofos, etcétera, pero sobre derechos fundamentales —hasta donde tengo noticia— generalmente escriben los juristas”.*³

Los derechos humanos pueden ser considerados como esas expectativas que todo sistema jurídico debiera de contener, y que no se encuentran incorporadas en la propia constitución o en alguna ley federal. Es por ello que son considerados una categoría con menor rigor jurídico. Es en este punto donde quiero señalar, las dificultades que presenta materializar en sentencias o en cualquier otro tipo de resoluciones los Derechos Humanos, ya todos, científicos, estudiosos y público en general, se sienten facultados para esgrimir o expresar los alcances de debieran tener esos Derechos, pues no se debería de hablar de Derechos Humanos sino de Derechos Fundamentales.

No se busca que dicha distinción nos lleve a diferentes escenarios ajenos e incompatibles, muy por el contrario, se trata de concebir a los derechos fundamentales simplemente como derechos humanos constitucionalizados. Ahora bien, son fundamentales los derechos que están previstos en el texto constitucional y en los tratados internacionales. El término “derechos fundamentales” aparece en Francia (*droits fondamentaux*) a finales del siglo XVIII, dentro del movimiento que culmina con la expedición de la Declaración de

³ Ídem

los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En sentido moderno, toma relieve sobre todo en Alemania bajo la denominación de *grundrechte* adoptada por la Constitución de ese país en 1949.⁴

Es por ello que podemos concluir que la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.

Ferrajoli, considera que la definición de “derechos fundamentales” puede llevarnos a fundar cuatro tesis, las cuales considera esenciales para una teoría de la democracia constitucional,⁵ y de las cuales sólo nos interesa para efectos de este trabajo la última, la cual hace referencia a los Derechos Fundamentales y garantías. En este apartado quisiera destacar la anotación que realiza el mismo autor.

“... Los derechos escritos en las cartas internacionales no serían derechos, porque están desprovistos de garantías... Esta tesis, cuya formulación clásica de Hans Kelsen, ... se concreta en la afirmación de que, más allá de su proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho”.⁶

⁴ Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991, p. 29. Ver también Cruz Villalón, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en su libro *La curiosidad del jurista persa, y otros escritos sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 1999, pp. 23-53 en Carbonell Miguel “Los Derechos Fundamentales”, cit. Pág. 8.

⁵ La primera es la radical diferencia entre derechos fundamentales y los derechos patrimoniales; la segunda al corresponder a intereses y expectativas de todos, la dimensión sustancial de la democracia; la tercera, la cual se refiere a la naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales y la cuarta, la cual hace referencia a las relaciones entre derechos y sus garantías.

⁶ Ferrajoli, Luigi “Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales”. Edit. Trotta, Madrid, 2007, Pág. 45.

Para Ferrajoli las garantías, en una primera acepción, serían las obligaciones que derivan de los derechos; de esta forma, puede haber *garantías positivas* y *garantías negativas*; las primeras obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en el respeto de algún derecho fundamental, mientras que las segundas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho. Estos dos tipos de garantías pueden subsumirse en lo que el mismo autor llama las “garantías primarias o sustanciales”, que son distintas de las “garantías secundarias o jurisdiccionales”.

Las garantías primarias son precisamente las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en algún texto normativo; por su lado, las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y por tanto violen también las garantías primarias.

Es así que a la garantía se le considera, el mecanismo para garantizar algo, hacerlo eficaz o devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado. En sentido moderno una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales.

Consideramos de vital importancia de estas precisiones para que podamos establecer el alcance que se tiene de la Libertad Religiosa como Derecho Fundamental y no como Derecho Humano.

III. FACTORES QUE CONTRIBUYEN AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

En México el 97,28%, un altísimo porcentaje de la población, se declara creyente. El 96,86% de la población del país practica el Cristianismo, así pues se trata de la religión más seguida por su po-

blación. En los últimos años el porcentaje de creyentes ha crecido, ha pasado del 94,14% al 97,28%. En cuanto al Cristianismo también ha aumentado, en la encuesta anterior lo profesaban el 93,6% y según los últimos datos lo profesa el 96,86% de la población.⁷

Pese a estas cifras, que por momentos podrían parecer alentadoras para algunos, en México, al igual que en varios países de América Latina y del Caribe, se está deteriorando, en la vida social, la convivencia armónica y pacífica. Esto sucede por el crecimiento de la violencia, que se manifiesta en robos, asaltos, secuestros, y lo que es más grave, en asesinatos que cada día destruyen más vidas humanas y llenan de dolor a las familias y a la sociedad entera.⁸ No se trata de hechos aislados o poco frecuentes, sino una situación que se ha vuelto habitual, la cual que tiene distintas manifestaciones y en la que participan diversos agentes.

Por otro lado, la riqueza cultural de los mexicanos es una realidad. La cultura es el “ambiente vital” que permite a la persona humana crecer en su ser, crecer en humanidad. La cultura involucra toda la actividad humana, es un modo de ver la vida y de entender los acontecimientos, implica un estilo de vivir que se crea en la convivencia social y que se expresa con símbolos, lenguajes y costumbres. La cultura, en concreto, es el modo como la persona se relaciona con sus semejantes, con las cosas, con la naturaleza y con Dios⁹.

Por un lado, podríamos ser considerados como un pueblo que ama la vida, y que en ocasiones festeja la muerte o hasta la adora¹⁰. Tenemos de nosotros mismos el concepto de ser un pueblo hosi-

⁷ INEGI, Censo de Población 2010.

⁸ Conferencia General del Episcopado Latinoamericano y del Caribe, Aparecida, Documento conclusivo, No. 31. Bogotá. 2007.

⁹ Conferencia del Episcopado Mexicano. “Que en Cristo nuestra Paz México tenga Vida Digna”. México 2010.

¹⁰ Esta expresión hace referencia a la Iglesia católica tradicionalista MEX-USA, que venera a la “Santa Muerte”, la cual de acuerdo con la Secretaría de Gobernación

talario, fraterno, alegre y solidario; y por otro lado como resultado del mestizaje entre los conquistadores españoles y los indígenas. “Somos españoles denigrando a indios y somos indios odiando a los españoles”, acotación que expone Lizarraga Motta Juan Bautista en su artículo *¿Por qué los mexicanos somos como somos?*,¹¹ publicado en Debate en la Sección Sociedad y Derecho en el año 2020, lo cual refuerza lo que expone Agustín Basave en su texto “Mexicanidad y esquizofrenia”, donde alude una crisis de identidad y de pertenencia de los mexicanos, la cual se origina con el encuentro de civilizaciones y se mantiene hasta nuestros días a través de una desigualdad social, lo que ha producido como consecuencia, factores diversos como, la gran desigualdad económica que sufre el país, el subdesarrollo y la corrupción, entre otras. Su bien en la pluralidad cultural de México hay elementos valiosos de unidad e identidad nacional, muchos de ellos relacionados con la fe cristiana, reconocernos con aciertos y errores, permitiría construir estrategias acordes con la realidad que experimentan diversos sectores de la sociedad mexicana.

Desafortunadamente los acelerados cambios culturales generados por la globalización y la migración, sobre todo en las comunidades indígenas, violentan la relación intergeneracional, pues los jóvenes ven con menosprecio a sus padres y abuelos, lo que tensiona la convivencia familiar y social. Tenemos que enfrentar, sin determinismos, la verdad de un modo de ser que con facilidad recurre

pierde su registro como Asociación Religiosa, pues desvió gravemente los objetivos señalados en sus estatutos al promover el culto a la “denominada “Santa Muerte”. Véase en Ruíz Emiliano *Retiran el registro a la “Santa Muerte”*, Reforma, 30/04/2005. En Vlex <https://vlex.com.mx/vid/retiran-registro-santa-muerte-193775707>

¹¹ Lizarraga Motta Juan Bautista *¿Por qué los mexicanos somos como somos?* Debate. Sección Sociedad y Derecho, 18/03/2020. <https://www.debate.com.mx/opinion/Juan-Bautista-Lizarraga-Motta-Sociedad-y-Derecho-Por-que-los-mexicanos-somos-como-somos-20200317-0305.html>

a formas violentas de relación y que para resolver dificultades y conflictos hace uso de la fuerza y de la violencia, verbal, física o psicológica.

La vida religiosa de un pueblo es una clave importante para entender su cultura, más aún, es posible considerar que los grandes cambios en los universos de significado que son las culturas, han sido causados por una transformación de su núcleo religioso. La religión, *re-liga, re-une*, vincula a los creyentes de manera definitiva, al ponerlos en contacto con el mundo que los rodea y con la realidad última. Como ya se mencionó, la mayoría de los mexicanos profesan la fe cristiana y es muy alto el porcentaje de quienes lo hacen en comunión con la Iglesia católica. En medio de distintas circunstancias y vicisitudes históricas, el pueblo mexicano ha mantenido esta fe, por costumbre, tradición, por conveniencia, o tan sólo porque no se sabe qué decir en cada censo de población. La identidad católica es uno de los rasgos de nuestra cultura; en el lenguaje, en los símbolos, en las fiestas, en los modos de relación de la mayoría encontramos referencias a una religiosidad muy viva, sin que ello signifique siempre coherencia de la vida cristiana. En esta identidad católica ocupa un lugar de primera importancia Santa María de Guadalupe, pues el acontecimiento guadalupano permea la historia, la sociedad, la cultura y la religiosidad personal y colectiva de los mexicanos.

Es en este punto donde también se percibe, por parte de los principales dirigentes religiosos, una evangelización con poco ardor y sin nuevos métodos y expresiones, un énfasis en el ritualismo sin el conveniente itinerario formativo; movimientos y grupos religiosos que se olvidan de la dimensión social de la fe, que sólo apelan a una “llamarada de petate”, a sentir bonito, una espiritualidad individualista; una mentalidad relativista en lo ético; pues dentro de la delincuencia organizada, o en las cúpulas del poder, hay mujeres y hombres bautizados quienes se dicen pertenecientes a algún tipo de culto religioso, que con sus acciones se alejan de Dios y de la Iglesia.

Es evidente que mucho de los problemas que enfrentan varias congregaciones religiosas, pues no es exclusivo del Cristianismo, si bien tienen su origen un muchos de sus líderes, gran parte de ello radica en las dinámicas para incorporar nuevos feligreses, manteniendo dentro de sus congregaciones rasgos de una cultura machista que discrimina de diversas formas el ejercicio de la vocación que asiste por derecho propio a las mujeres en la comunidad eclesial;¹² y si a esto le agregamos los casos de abuso de poder clerical, de abuso de satisfactores económicos y de abuso sexual cometidos por algunos de sus integrantes, la presencia dentro de la sociedad mexicana poco a poco se ve reducida. Sin tener cifras exactas, pues este tema a pocos interesa, de 35 personas que ingresan al seminario sólo se “gradúan” como sacerdotes 2 o 3 de ellos. Esto no parece muy estimulante para las nuevas generaciones quienes creen menos y se ausentan más de este tipo de proyectos de vida.

Analizados estos dos supuestos, es momento de comentar las transiciones que ha enfrentado la relación Estado-Iglesia en los años 1992, 2012 y 2013, y la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de Derechos Humanos.

IV. REFORMAS CONSTITUCIONALES Y SUS CONSECUENCIAS

1. ARTÍCULO 130 DE LA CPEUM

El primero de diciembre de 1988, casi 60 años después el fin de la “Guerra Cristera” que culminó oficialmente a mediados de 1929, ocurrió un hecho político inusitado, por lo menos para los cánones mexicanos. Ese día, a la ceremonia de la toma de posesión del presidente Carlos Salinas de Gortari, asistieron como invitados los principales miembros de la jerarquía católica mexicana. El presidente mexicano sostuvo en esa ocasión que “el Estado moderno es aquel

¹² Conferencia del Episcopado Mexicano, Carta pastoral Del encuentro con Jesucristo a la solidaridad con todos, No. 107. 25/03/2000.

que... mantiene transparencia y moderniza su relación con los partidos políticos, con los grupos empresariales, con la Iglesia".¹³

La jerarquía de la Iglesia católica mostró, desde el primer momento de la iniciativa gubernamental, estar preparada para ella, e incluso acrecentó su actividad para aumentar la presión en favor de un determinado curso de las posibles reformas. En realidad, la jerarquía eclesial católica había abandonado hacía ya algunas décadas el famoso *modus vivendi* y en su lugar retomó la tradicional posición intransigente del catolicismo social ante los modelos liberal y socialista.¹⁴

El primer ajuste esperado por muchos, fue la reforma del artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual se refiere a los ministros de culto en sus incisos *c)*, *d)* y *e)*, párrafos primero y cuarto. No precisa la Constitución lo que debe entenderse por dicho término. La ley reglamentaria, señala que "se consideran ministros de culto a todas aquellas personas mayores de edad a quienes las asociaciones religiosas a que pertenezcan confieran ese carácter" en su Art.12 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.

El Art. 130-d) de la Constitución y el Art. 14 de la ley reglamentaria, sujeta a los ministros de culto a un estatuto de excepción en su calidad de ciudadanos, por cuanto se les priva del voto pasivo y de la posibilidad de desempeñar cargos públicos superiores, a menos que se separe definitivamente su ministerio cuando menos cinco años en el primero de los casos, y tres en el segundo, antes de la elección de que se trate o de la aceptación del cargo respectivo. Basado en el

¹³ Barranco, Bernardo "A 30 años del reestablecimiento de Relaciones Estado-Iglesias", Revista Proceso, Sección Análisis-Opinión, México, 24 de diciembre de 2021. <https://www.proceso.com.mx/opinion/2021/12/24/30-anos-del-restablecimiento-de-relaciones-estado-iglesias-278021.html>

¹⁴ Blancarte, Roberto, "Las Relaciones Estado-Iglesia Católica a la Luz del Segundo Viaje de Juan Pablo II a México" en Barranco V. Bernardo (coord.) *Más allá del carisma*, Jus, México 1990, pp. 25 y ss.

principio de la igualdad, resulta discriminatorio que a los ministros de culto, por la sola circunstancia de poseer ese carácter, se les mutilen su condición de ciudadanos. Ello, independientemente de que el término mismo de “ministro de culto”, es ambiguo y no tiene la misma significación en todas las iglesias y agrupaciones religiosas.

El Derecho internacional de los derechos humanos considera como discriminación cualquier menoscabo en la esfera de los derechos por razones religiosas. Parece que desde cualquier documento internacional dicha limitación no tendría razón de ser. Al respecto, el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, en su artículo 12, numeral 2 establece lo siguiente:

“Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias”.

Así mismo, el Artículo 2.2 de la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 18 de enero de 1982, expresa que:

“... se entiende por intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo de reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, de 1948, en forma incontestable, consagra a los derechos políticos, los activos y los pasivos, como derechos humanos (Art. 20) y los cuales no podrán menoscabarse por razón de raza, color, sexo, idioma o religión (Art. 2.1), y previene que ningún Estado tendrá derecho a realizar actos tendientes a la supresión de estos derechos (Art. 30).

Si en el caso de los dos documentos internacionales citados arriba, fue explicable que México formulara las reservas mencionadas, en tanto cuanto el artículo 130 antes de la reforma desconocía los

derechos humanos de carácter político a los ministros de culto, es completamente injustificado que al realizarse las reformas constitucionales del 28 de enero de 1992, no haya puesto íntegramente en consonancia nuestro texto constitucional con la Convención y el Pacto aludidos, expresan exigencias y ineluctables de la dignidad humana. Por el contrario, al desconocer a un sector de respetables ciudadanos mexicanos una parte sustancial de sus derechos políticos, se puso en contraste con dichos documentos y asumió una posición discriminatoria en esa materia frente a sus propios ciudadanos.

Si se considera detenidamente, a los funcionarios públicos, no se les priva *per se*, de sus derechos políticos (cargos de elección popular o cargos públicos superiores), antes, al contrario, en cuanto ciudadanos los tienen en forma plena. Es más, el hecho mismo de ser funcionarios públicos y desempeñar sus cargos en el ámbito administrativo, legislativo o judicial, por sí mismo ese denotativo, no sólo del goce de esos derechos sino de su ejercicio. En contraposición, a los ministros de culto, por su propia condición de ministros se les priva del goce y del ejercicio del voto pasivo y el de ocupar cargos públicos. Basta que sean reconocidos como “ministros” e independientemente de la naturaleza concreta de la actividad que realicen, para que *ipso facto* sean considerados “medios ciudadanos” o ciudadanos de segunda.

Por otro lado, al exigir la Constitución que los miembros del Ejército, los jefes de la policía, los secretarios o subsecretarios, o los ministros de la Suprema Corte, que aspiren ocupar cargos de elección popular se separen de sus puestos noventa días (en el caso de Diputados y Senadores) o seis meses (en el caso de Presidente de la República) antes de la elección, persigue, por una parte, la imparcialidad en la elección, evitar que la fuerza material de las armas, en el caso de los militares y policías con mando, o la fuerza política y los recursos del poder, en el caso de secretarios y subsecretarios, o la pérdida de la independencia de la administración de justicia, en el caso de los ministros de la Corte. En todo caso, se trata de

un sector pequeño de funcionarios públicos que por su posición especial pueden influir ilegalmente en la elección. Obsérvese, por otra parte, que la incompatibilidad se da entre distintas funciones públicas del Estado, que son excluyentes entre sí por razones de división de poderes, pero de ninguna manera la Constitución plantea incompatibilidades entre funciones privadas, o sociales, o públicas, con los cargos de elección popular.

Así, por ejemplo, un abogado, un médico, un empresario, un actor, un líder obrero, un conductor de televisión con enorme influencia psicológica sobre millares o millones de personas, un astrólogo, un predicador moral, etcétera, puede ser diputado o senador, sin tener que abandonar su actividad profesional; en cambio el ministro de culto debe “renunciar” a su actividad profesional, reconocida por el propio Estado¹⁵, lo cual no sucedió con artistas, empresarios, actrices, que pudieron continuar con su actividad profesional sin contratiempo alguno. Naturalmente, esto no quiere decir que no pueda haber incompatibilidad entre las dos funciones, lo no estatal y la estatal, por razones de tiempo o de intereses, y que el empresario, por ejemplo, no utilice sus recursos económicos en forma ilícita para inclinar a favor la votación, o el astrólogo introduzca el voto a su favor aprovechándose de la superstición e ignorancia de ciertos electores.

¹⁵ A través de un acuerdo publicado el jueves 9 de noviembre de 2017 en el periódico oficial El Estado de Jalisco, el gobernador Jorge Aristóteles Sandoval Díaz, de extracción priísta, ordenó a la Dirección General de Educación Superior, Investigación y Posgrado de la Secretaría de Innovación, Ciencia y Tecnología, la expedición de títulos profesionales de filosofía y teología a cualquier egresado del seminario de la Arquidiócesis de Guadalajara, quienes hayan hecho estudios en el período comprendido entre 1968 a la fecha de publicación del Acuerdo.

Por lo que respecta a los derechos políticos-electorales, es el 35 de la Constitución que enumera las prerrogativas ciudadanas, aunque también es necesario tomar en cuenta el artículo 36 que establece las obligaciones del ciudadano de la República. Para tal efecto habremos de explicar las correspondientes fracciones:

1. “Votar en las elecciones populares”. Entendemos que el voto activo es un derecho, en tanto que se traduce en la facultad de elegir a la persona que forma parte de los órganos de gobierno. Es al mismo tiempo una obligación, en tanto que no es siquiera facultativo el ejercitar o no este derecho, puesto que el artículo 36, fracción III de la misma Constitución consagra una sanción para el incumplimiento de este derecho. El derecho al voto es eminentemente subjetivo y público puesto que la titularidad se le reconoce a los ciudadanos, y el deudor de dicha obligación es el Estado mismo.

La afirmación de Héctor Fix Fierro, en torno a la naturaleza política de este derecho, es interesante, ya que nos dice que: “el derecho de voto confiere al ciudadano una influencia general en el sistema político, a cambio de la cual se le pide aceptar, en principio como legítimas, las decisiones que resulten de los procesos políticos y administrativos específicos que se fundan en aquella. El derecho de voto contribuye entonces a mantener también la diferenciación interna del sistema político en política y administración, preservando una cierta independencia de la segunda frente a las pretensiones y los intereses inmediatos los ciudadanos”.¹⁶

2. “Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión teniendo las calidades que establezca la ley”; podemos definir a este derecho co-

¹⁶ Fix Fierro, Héctor, “Los Derechos Políticos en el Ordenamiento Mexicano”, contenido en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XLV, IX-XII 1995, pp. 65-66.

nocido como sufragio pasivo de la siguiente manera: “la capacidad de ser elegido para unos cargos de elección popular, de acuerdo con los requisitos que fijen la Constitución y las leyes electorales”.¹⁷

El afán democratizador de algunos prelados católicos contribuyó a esta modernización, y se vio reforzado por la doctrina social de Juan Pablo II que en encíclica *Centessimus Annus* afirma: “La Iglesia aprecia el sistema de la democracia en la medida que asegura la participación de los ciudadanos en las opciones políticas y garantiza a los gobernados la posibilidad de elegir y controlar a sus propios gobernantes, o bien la de sustituirlos oportunamente de manera pacífica...”.¹⁸

El segundo párrafo del Art. 130 inciso e) actual establece que: “Queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político”. Este es uno de los dos textos que no sufrió cambio alguno en la reforma del 130; fue movido solamente del lugar, era párrafo catorce, ahora es el segundo. Esta prohibición estuvo motivada por la intención de “castigar” al Partido Católico Nacional, al que los Carranciastas acusaban de haberse aliado con Victoriano Huerta.¹⁹ No es explicable que en el nuevo texto del 130 haya subsistido esta

¹⁷ Ídem. p. 77.

¹⁸ Centro de Capacitación Judicial Electoral, “Derechos Político-electorales de los Ministros de Culto”. Revista Electoral, México. 1998. <https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-1998-02-010-068.pdf>

¹⁹ La acusación fue injusta por cuanto no solo la mayoría de los miembros del partido no se inclinaron por Huerta, sino que varios de sus más importantes dirigentes fueron encarcelados por su abierta oposición a aquel. Correa, Eduardo J. *El Partido Católico Nacional*, Fondo de Cultura Económica, primera edición, México 1991.

prohibición.²⁰ Aunque no deja de extrañar de manera directa se esté atentando contra el derecho de asociación, consagrado en el artículo 9° de la CPEUM.

Otra restricción grave que conculca ya no sólo derechos políticos, sino las libertades de expresión y de escribir y publicar escritos, consagrados para todos los ciudadanos por los Arts. 6° y 7° constitucionales, está consignada en el inciso e) del Art. 130 de la Constitución, que prohíbe a los ministros de los cultos “en reunión pública, en actos de culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones”. La ley reglamentaria, por su parte, incluye entre las infracciones que pueden cometer los ministros de culto, la de “oponerse a las leyes del país o a sus instituciones en reuniones públicas” (Art. 29 frac. X), y entre las sanciones a que puede dar lugar su inobservancia, establece la imposición de “multa hasta de 20,000 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal²¹” (Art. 32 frac. II).

Algunos consideran que dichas prohibiciones no representan restricciones a los derechos humanos de los ministros de culto, argumentando que lo que prohíbe la ley es la “oposición” a las leyes del país y a sus instituciones, pero no la crítica. Y se dice que oponerse es negarse a acatar la ley, a no cumplirla, y a no permitir la actividad de las instituciones, en tanto criticarla, es simplemente no estar de acuerdo con ellas. El que el ministro de culto critique las leyes del país que permiten la interrupción del embarazo, eutanasia, el matrimonio entre homosexuales, la fecundación asistida, etcétera, por considerar que dichas prácticas atentan gravemente su ideario religioso, no debería ser objeto de restricción alguna dado que como claramente establecen los documentos internacionales, tal

²⁰ Quizá México sea el único país en que se prohíba a las organizaciones políticas, el uso de emblemas y denominaciones religiosos, o cualquier otra de similar naturaleza.

²¹ Aun se hace mención al Distrito Federal, a sabiendas de la modificación por Ciudad de México.

persona, sea o no ministro de culto, está ejerciendo su profesión y divulgación de su libertad religiosa a través de la defensa de su ideario religioso.

Esta censura o restricción no sólo impele ahora al clero, involucra en proporciones superlativas a todo quien se ose estar contra las disposiciones gubernamentales. A la vieja usanza de “estás conmigo o contra mí”, el titular del Ejecutivo Federal se esgrime como defensor de causas y arremete ante la menor provocación contra quien se atreva a señalar algún error en su administración. Si bien en administraciones pasadas se sabía que opinar contra las disposiciones oficiales era “peligroso”, hoy es el propio Presidente de la República, cual verdugo en su espacio matutino, ventila información personal, profesional y hasta familiar sin importar consecuencias pasando por alto el manejo de Datos Personales y la propia Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, denostando la actividad profesional de periodistas y hasta de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, como lo señala la Redacción de Animal Político el pasado 6 de abril del presente año:

El presidente Andrés Manuel López Obrador sostuvo que en la discusión de la reforma eléctrica se demostrará si los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) son abogados que “defienden el interés público o los intereses patronales”. “Que no me vengan a mí con que la ley es la ley, que no vengan con ese cuento de que la ley es la ley. No, lo que se va a demostrar es si son abogados que defienden el interés público o son abogados patronales, empresariales”.

Ahora con base en la Tesis 2^a./J.35/2019 (10^a), el que suscribe considera la existencia de una contradicción entre el Principio de Progresividad que señala el artículo 1^o de la Constitución y el primer párrafo del artículo 130. Inciaremos con el análisis de la mencionada tesis.

En sesión privada del seis de febrero de dos mil diecinueve la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación aprobó la tesis de jurisprudencia 2^a./J.35/2019, cuyo rubro es “PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU NATURALEZA Y FUNCIÓN EN EL ESTADO MEXICANO”, y que fue publicada el viernes 15 de febrero de 2019 en el Semanario Judicial de la Federación.

En las ejecutorias que conforma la citada tesis se analiza, entre otros temas, el contenido y alcance del principio de progresividad, el cual se encuentra reconocido de manera expresa en el artículo 1^o de la Constitución Federal al señalar que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos “de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”.

“El principio de progresividad que rige en materia de los derechos humanos implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que, generalmente, la efectividad de los derechos humanos no se logra de manera inmediata, sino que conlleva todo un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazos. Por su parte, el progreso implica que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. En tal sentido, el principio de progresividad de los derechos humanos se relaciona no sólo con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos fundamentales, sino también con la obligación positiva de promoverlos de manera progresiva y gradual, pues como lo señaló el Constituyente Permanente, el Estado mexicano tiene el mandato constitucional de realizar todos los cambios y transformaciones necesarias en la estructura económica, social, política y cultural del país, de manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos. Por tanto, el principio aludido exige a todas las autoridades del Estado mexicano, en el ámbito de su competencia, incrementar el grado de tutela en la promoción, respeto, protección

y garantía de los derechos humanos y también les impide, en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que sin plena justificación constitucional disminuyan el nivel de la protección a los derechos humanos de quienes se someten al orden jurídico del Estado mexicano”.²²

Conforme a lo anterior, es dable colegir que existirá una violación al principio de progresividad cuando el Estado mexicano no adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad a los derechos humanos, o bien, una vez adoptadas tales medidas, exista una regresión –sea o no deliberada– en el avance del disfrute y protección de tales derechos.

Por su parte, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el principio de progresividad –en su vertiente de prohibición de regresividad– no es de carácter absoluto, de ahí que para determinar si una medida materialmente legislativa respeta dicho principio, “resulta necesario tomar en cuenta si dicha disminución tiene como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un derecho humano del que son titulares personas diversas, lo cual permite atender a una interpretación integral del marco constitucional”.

Sobre el tema la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha reconocido que las medidas regresivas no son en sí y por sí mismas inconvencionales, sin embargo, dichas medidas requieren de una consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente, de ahí que “para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”.

Al respecto, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos ha señalado que “la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad”, toda vez que la obligación correlativa de no regresivi-

²²Semanario Judicial de la Federación. Tesis 2a./J. 35/2019 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, página 980. JURISPRUDENCIA. Registro Digital 2019325

dad, establecida en el artículo 26 de la Convención Americana, no excluye la posibilidad de que un Estado imponga ciertas restricciones al ejercicio de los derechos incorporados en esa norma. De tal suerte que la “obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida. En ese sentido, no cualquier medida regresiva es incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana”.

En suma, el principio de progresividad de los derechos humanos no es absoluto, por lo que es admisible que el Estado mexicano incurra en la adopción de medidas regresivas siempre y cuando:

I.- Dicha disminución tenga como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un derecho humano; y

II.- Generen un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos.

En ese sentido, el análisis de no regresividad conlleva a que el operador jurídico realice un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida, a efecto de determinar si la medida regresiva se encuentra justificada por razones de suficiente peso.²³

Si bien se considera que el inciso d) del artículo 130 constitucional “... *En los términos de la ley reglamentaria, los ministros de cultos no podrán desempeñar cargos públicos. Como ciudadanos tendrán derecho a votar, pero no a ser votados. Quienes hubieren dejado de ser ministros de cultos con la anticipación y en la forma que establezca la ley, podrán ser votados. ...*”, no es regresivo sino restrictivo. Consideramos que el primer párrafo de dicho artículo carece de todo sentido, pues argumentar que el contenido del citado artículo se fundara en el principio “histórico” de separación Estado y las iglesias, nos hace pensar que las condiciones prevalecientes en 1917, son las mismas 105 años después, lo cual es simplemente absurdo.

²³ Jurista del Futuro “*Principio de Progresividad de los Derechos Humanos. Su Naturaleza y Función en el Estado Mexicano*”. 13/03/2019. <http://juristadelfuturo.org/el-principio-de-progresividad-de-los-derechos-humanos/>

2. ARTÍCULO 24 DE LA CPEUM

Muchos pensamos que la propuesta de reforma constitucional propuesta por el entonces Felipe Calderón hacia el año de 2007, sonaba muy interesante y sobretodo estaba en secuencia para ajustar, ahora, el artículo 24 de la Constitución Federal, pero no fue hasta el año de 2013, con el presidente Enrique Peña, que tal reforma vió la luz. No era sólo un cambio de palabra, o un ajuste gramatical, o por lo menos así no se piensa a nivel internacional cuando se cambia “Libertad de Culto” por “Libertad Religiosa”.

De los cinco principios²⁴ que señala la doctrina, del Derecho Eclesiástico, que toda Constitución debe de contener, el que guarda mayor importancia para efectos de nuestro trabajo es el de Libertad Religiosa, y eso por dos motivos. En primer lugar, porque la libertad religiosa constituye un punto de vista válido, no sólo para el Estado, sino también para las confesiones religiosas. Incluso la Iglesia Católica, después de la Declaración *Dignitatis humanae*, del Concilio Vaticano II, en 1965, considera que la idea de la libertad religiosa está llamada a presidir las relaciones entre la Iglesia y los Estados.

En suma, se trata de un principio sólidamente arraigado y universalmente difundido: apto, por tanto, para un buen entendimiento con las confesiones religiosas. En segundo lugar, el principio de libertad religiosa tiene carácter básico y nuclear, porque en cierto modo contiene a los demás, pero sólo en cierto modo. Se ha dicho que no puede propiamente hablarse de libertad religiosa si hay discriminación por motivos religiosos; pero también se ha dicho y se ha procurado llevar a la práctica, la idea de una libertad religiosa sin igualdad; es decir, la libertad religiosa fue históricamente y en épocas no demasiado lejanas, objeto de una dosificación, dándose a

²⁴ Libertad Religiosa, Igualdad o No Discriminación, Derecho de Asociación, Laicidad y Tolerancia Religiosa.

unas confesiones más libertades que a otras, como lo señala atinadamente Iván García en su artículo “Religión y constitucionalismo mexicano”, en Letras Libres, el 21 de marzo de 2012:

“La patria nació católica, guadalupana e intolerante. Los documentos que fundaron a la Nación: Elementos Constitucionales de López Rayón (1811), los Sentimientos de la Nación de José María Morelos (1813) y la Constitución de Apatzingán (1814) declararon que la religión católica era la oficial y la única que debía profesar el Estado, reconocieron a la virgen morena y declararon que los herejes y apóstatas perderían la ciudadanía. La constitución de Cádiz de 1812 protegía la religión verdadera por leyes sabias y justas. En 1824, la primera Constitución federal mexicana se hizo en nombre de Dios todo poderoso, autor y supremo legislador de la sociedad.

La Ley sobre Bienes Eclesiásticos, promulgada en 1847 por Valentín Gómez Farías, es el antecedente de la Ley Juárez (1855), la Ley Lerdo (1856) y la Ley Iglesias (1857) que marcaron la tendencia no religiosa que dominaría el Congreso constituyente de 1856-1857. La Constitución de 1857 -jurada en nombre de Dios y con la autoridad del pueblo mexicano- omitió la disposición que establecía a la religión católica como la única del Estado”.

Así, pues, no basta presuponer que la libertad religiosa incluye la igualdad, sino que es muy conveniente enunciar tanto la libertad como la igualdad, religiosas. Para algunos, y no sólo algún autor aislado, sino declaraciones internacionales refrendadas por la ONU, la libertad religiosa es compatible con la confesionalidad del Estado, mientras que para otros ninguna clase de confesionalidad es compatible con la libertad religiosa. Lo propio cabe decir de los otros principios. Entender la libertad religiosa como un principio constitucional y no ya como un simple derecho subjetivo, es algo propio del siglo XX. Inicialmente la doctrina de las libertades públicas con Anschütz y Thoma, consideraba que las declaraciones constitucionales de derechos vinculaban sólo a la Administración, pero no a legislador, de tal manera que el legislador actuaba soberanamente en la configuración de las libertades públicas. Pero por influencia

doctrinal principalmente de Smend las declaraciones constitucionales de derechos pasaron a revestir un alcance y una relevancia mucho más hondos²⁵.

Los derechos constitucionales y las libertades públicas cobran una dimensión completamente nueva a partir de su interpretación institucional. Así la libertad religiosa no puede ser entendida hoy como en el siglo XIX, es decir, como un simple derecho subjetivo que puede hacerse valer frente a la Administración, si es que ésta pone trabas a que alguien practique o profese una determinada religión. El derecho de libertad religiosa ha cobrado hoy, merced a su interpretación institucional, el valor de un principio llamado a informar toda la legislación estatal y particularmente las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas. Como consecuencia de esta evolución de los derechos y libertades públicas hoy se acostumbra a distinguir una doble dimensión de la libertad religiosa: la libertad religiosa “como derecho” y la libertad religiosa “como principio” constitucional²⁶.

La libertad religiosa como derecho plantea el problema de a quiénes corresponde la titularidad de este derecho, su protección jurisdiccional, sus límites, etc. Por lo que corresponde a la libertad religiosa como derecho, consideramos que no es el momento, ni el objetivo de este trabajo, lo que nos interesa resaltar es el alcance que debe de tener la libertad religiosa como principio reconocido a través de la constitución, fuente de inspiración para las decisiones que pueda asumir el Estado en esta materia. Para precisar el alcan-

²⁵ González del Valle J. M. *Derecho Eclesiástico Español*. Edit. Civitas, Madrid, 2011. Pág. 129.

²⁶ La libertad religiosa como principio de configuración social y cívica “contiene una idea o definición de Estado”, mientras la libertad religiosa entendida como derecho fundamental del hombre expresa una exigencia de justicia consustancial a la persona humana, “contiene una idea o definición de persona.”

ce de la toma de posición de la Constitución mexicana en un punto tan delicado y crucial vamos a recordar el texto constitucional. Dice el párrafo primero del artículo 24:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado”.

La distinción entre Libertad Religiosa y Libertad de Culto, a mi modo de ver, carece hoy día de relevancia práctica. Tal distinción tuvo, sin embargo, históricamente su importancia, porque hubo una época en la que, en materia religiosa (tal ocurrió especialmente en Alemania) se distinguían diversos tipos de libertades. Y así, en ocasiones se reconocía la libertad de conciencia, entendiendo por tal la personal e íntima toma de posición en materia religiosa, pero no la libertad de culto, es decir, la posibilidad de manifestar esas creencias en público ritualmente.

La libertad de culto, a su vez, se dividía en diversas categorías: *devotio domestica simplex* que permitiría reuniones de culto en casas particulares, pero sin ministro oficiante ni predicación; *devotio domestica qualificata*, que permitía la presencia de un ministro²⁷, etc.

Más viva y actual resulta, en cambio, la distinción entre libertad ideológica y libertad religiosa. Para entender cabalmente lo que ideología y religión significan en el artículo 24 de nuestra Constitución, hay que rechazar una concepción de las mismas, la cual consideramos que es errónea. Según tal concepción, nos encontramos no ante uno sino ante dos derechos fundamentales²⁸, que tienen por término dos ámbitos de actuación diversos. La titularidad colectiva de esos dos derechos corresponde también a sujetos diversos. La titularidad colectiva de la libertad religiosa corresponde a las confesiones, las iglesias y las comunidades religiosas. La titularidad colectiva de la libertad ideológica corresponde a los grupos ideológicos entre los que se enumeran los partidos políticos y los sindica-

²⁷ González del Valle J. M. *op cit.* P. 21.

²⁸ Ídem.

tos²⁹. Esta contraposición entre ideología y religión es la que utilizan los Romanos Pontífices en sus encíclicas. Es frecuentemente en los documentos pontificios contraponer ideología y religión, para subrayar que la jerarquía católica se pronuncia en torno a cuestiones religiosas -dogma y moral-, pero no en torno a cuestiones ideológicas: si la mejor forma de Estado es monárquica o republicana y cuestiones de este género que entran dentro de la autonomía en lo temporal de los católicos.

La dualidad libertad religiosa y libertad ideológica está tomada del artículo 4º de la Ley Fundamental de Bonn, traducándose *Weltanschauung* por ideología. *Weltanschauung* significa concepción o visión del mundo y no lo que los papas acostumbran a llamar ideología. En el mismo sentido, en el mundo anglosajón –tal sucede, como vimos, a propósito del artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos– en vez de contraponerse religión e ideología se contraponen religión y creencias, pues hay creencias no religiosas³⁰. En el mismo sentido el Tribunal Constitucional, en nuestro caso la Suprema Corte de Justicia de la Nación, caracteriza la libertad ideológica como “la capacidad de los individuos para desarrollar y actuar de conformidad con una particular visión del mundo en la que quede definida la relación del hombre con lo divino.”³¹

Tiene el siguiente alcance: determinados comportamientos -por ejemplo no efectuar el servicio militar, sino el sustitutivo- pueden exigirse tanto a partir de convicciones religiosas como ideológicas. Sostener que el alma es inmortal, o que no lo es, o creer en la trans-

²⁹ Ídem.

³⁰ Por el mismo motivo en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se corrige la redacción del artículo 18 de la Declaración Universal, contraponiendo a culto, ritos. Lo propio hace el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, contraponiendo, además de religión a creencias, culto a ritos, pues también existen ritos no religiosos.

³¹ Tesis 1a. LX/2007 LIBERTAD RELIGIOSA. SUS DIFERENTES FACETAS. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, Febrero de 2007, página 654. Registro digital: 173253

migración de las almas- y actuar en consecuencia-, puede exigirse tanto a partir de convicciones religiosas como ideológicas. Pero el ámbito de libertad es el mismo. Por ello la Constitución alemana establece: “se equiparán a las asociaciones religiosas aquellas otras que tienen por fin cultivar una *Weltanschauung*³². Esas asociaciones ideológicas, de *Weltanschauung*- no son los sindicatos y los partidos políticos. Un partido político, un sindicato, una escuela, un hospital incluso, puede tener un ideario -religioso no-, más no por ello pierden su naturaleza de partido político, de sindicato, de escuela o de hospital. Sea cual sea su ideario se rigen por estatuto –sindical, hospitalario o escolar- que le corresponda a tenor de la legislación vigente. Quien se afilia a fundar un sindicato ejerce la libertad sindical reconocida en el artículo 9º y 123 constitucional; no la libertad –religiosa e ideológica– reconocida en el artículo 24 constitucional.

En modo alguno la libertad ideológica se corresponde con el resto de libertades no contempladas en la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público. Esta distinción hace referencia al tema del ateísmo. Ello no significa, sin embargo, que la libertad religiosa tiene por término las opciones religiosas mientras la libertad ideológica tiene por término las opciones ateas. Es cierto que en los documentos internacionales se protege tanto las convicciones religiosas como no religiosas, y se pone gran cuidado en hacer notar que ambos tipos de convicciones merecen igual protección. Pero precisamente por ello no constituyen dos derechos, sino un único derecho -a determinados comportamientos- exigible tanto a partir de convicciones religiosas como no religiosas, pero no necesariamente ateas. Reducir el tema de la libertad ideológica al tema del ateísmo me parece inadecuado.

³² Artículo 137 de la Constitución de Weimar, vigente en virtud del artículo 140 de la Ley Fundamental.

En primer lugar, porque en los derechos fundamentales quedan incluidas tanto las actitudes positivas como las negativas. Del mismo modo que el derecho de asociación incluye el derecho a no asociarse, sin necesidad de que este último esté enunciado expresamente, la libertad religiosa incluye el derecho a carecer de religión o a no profesar determinadas creencias. En segundo lugar, no me aparece excesivamente fácil, ni menos aún que cumpla esta tarea el Estado, distinguir entre actitudes ateas y actitudes religiosas. En cualquier caso, a mi modo de ver, son cosas muy distintas de la militancia o pertenencia a una determinada religión y las creencias que pueden tenerse en torno a Dios y a la veracidad de la religión profesada. Es más, sólo erigiéndose en teólogo -lo que es contrario a la libertad religiosa- podría el Estado entrar a valorar el grado de ateísmo de las opciones de los ciudadanos.

La libertad ideológica y religiosa enunciada en el artículo 24 de la Constitución trata de determinadas concepciones del hombre y del mundo, respecto a las cuales no se entra a juzgar si son religiosas o más bien les corresponde el calificativo de ideológicas. Como hemos dicho, la asunción por parte del Estado de la libertad religiosa como principio supone que el Estado delimita sus competencias en relación con las personas que lo integran para señalar que corresponde a los ciudadanos, pero no al Estado una toma de posición en materia religiosa. Se excluye, por tanto, a los Estados confesionales que, tras tomar posición en materia religiosa, imponen esta toma de posición a sus súbditos. Ese mismo esquema ha de ser trasladado al mundo de las ideas.

El Estado no se considera competente para profesar un sistema de ideas e imponerlo a sus ciudadanos. Tutela en cambio, la libertad de los ciudadanos para profesar individual o asociadamente una determinada ideología. Se excluye, en suma, los totalitarismos. No existe ninguna ideología oficial en el Estado mexicano. No puede producirse un fenómeno similar al nazismo, pero me deja mucho

que pensar esta 4ª Transformación. No cabe contraponer opción religiosa a opción ideológica, porque no son realidades que se excluyen mutuamente. Unas ideologías son compatibles con determinadas creencias religiosas y otras no. Tampoco corresponde al Estado pronunciarse sobre la compatibilidad de una determinada ideología con una determinada creencia religiosa. Así, si el catolicismo es compatible o no con el materialismo dialéctico o con el aristotelismo, es algo que no corresponde dictaminar al Estado. En suma, el Estado se abstiene de pronunciarse en materia religiosa e ideológica.

3. ARTÍCULO 40 DE LA CPEUM

En apariencia, la manera en la cual están redactados los artículos 40 junto con el 130 constitucionales, sería suficiente para entender que el Estado mexicano, aunque recientemente se dice Laico es un Estado Laicista. Tener esa posición, no abona a la configuración de un Estado de Derecho sustentado en Derechos Humanos. La dificultad radicaría pues en ponerse de acuerdo sobre qué entendemos por Estado laico. El laicismo lo vinculará a la existencia de una estricta separación (que evite toda posible contaminación) entre el Estado y cualquier elemento de procedencia religiosa. Ello explica que no pocos opten por rechazar el término, aunque en realidad lo que consideran rechazable es el laicismo.

Los laicistas ven así paradójicamente consolidado un falso dilema, cuyo planteamiento les resulta favorable: o se suscribe un modelo de Estado confesional, generalizadamente rechazado, o su propuesta separatista; como si no existiera un posible término medio. Estoy convencido de que no sólo existe, sino de que esa es la fórmula que con más fundamento constitucional merece el rótulo de Estado laico. Se ha argumentado, en sentido contrario, que con ello se estaría falseando su concepto histórico, acuñado en Francia

precisamente enclave laicista y presente en México desde principios del siglo XX en el término educación laica. El segundo párrafo del artículo 3° de la Constitución Política así lo señala:

“Artículo 3°. ...

Corresponde al Estado la rectoría de la educación, la impartida por éste, además de obligatoria, será universal, inclusiva, pública, gratuita y laica. ...”

Lo anterior solo hace referencia a la educación, no así a la configuración como un Estado Laico; eso solo era referido por la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, del año de 1992, en su artículo 3°:

“Artículo 3o.- El Estado mexicano es laico. ...”

En ningún otro ordenamiento jurídico se hacía referencia de ello. Cómo era posible que una ley federal, subsanara las deficiencias o vacíos que presentaba la Constitución Federal. A menos, claro está, que la justificación de la posición del Estado frente a las Iglesias, fuera el primer párrafo del artículo 130 constitucional:

“Artículo 130. El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo. ...”

No es hasta el 30 de noviembre de 2012, cuando el artículo 40 de la misma Constitución Federal señala:

“Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica...”

Cómo entender ambos conceptos –laicidad y laicismo- si por momentos el sistema jurídico nos da dos mensajes totalmente distintos. Por laicismo habría que entender un diseño del Estado como absolutamente ajeno al fenómeno religioso. Su actitud sería más de no contaminación que de indiferencia o de auténtica neutralidad. Esa tajante separación, que reenvía toda convicción religiosa al ámbito íntimo de la conciencia individual, puede acabar resultando, más que neutra, neutralizadora de su posible proyección sobre el ámbito público. Su versión patológica llevaría incluso a una posible discri-

minación por razón de religión. Determinadas propuestas pueden acabar viéndose descalificadas como “confesionales” por el simple hecho de que encuentren acogida en la doctrina o la moral de alguna de las religiones libremente practicadas por los ciudadanos. Nada más opuesto a la laicidad que “enclaustrar” determinados problemas civiles, al considerar que la preocupación por ellos denotaría una indebida injerencia de lo sagrado en el ámbito público.

Por otro lado, existe como alternativa al laicismo, un modo correcto de relacionar las religiones en su dimensión pública y el Estado. Es lo que podríamos llamar “sana laicidad”. Pío XII explicaba, en un discurso pronunciado el 23 de marzo de 1958, cómo pertenece a la tradición de la Iglesia la idea de una “sana laicidad”, entendida como “el esfuerzo continuo para tener separados y al mismo tiempo unidos los dos Poderes” (político y religioso), en el respeto que merece la distinción entre Dios y el César. Esta tradición encuentra dos formulaciones clásicas en el pasado. Una, en el siglo V, en una carta del Papa Gelasio I (492-496) al emperador Anastasio. En ella el Papa recordaba que Dios había querido que las potestades religiosa y política quedasen separadas para que ninguna autoridad se ensoberbeciera. La otra formulación se encuentra en el mundo medieval, en las Decretales de Gregorio IX (1234), en las que se explica cómo Dios habría creado dos lumbreras para guiar a los hombres: una más grande, para el día (poder espiritual); y otra más pequeña, para la noche (poder temporal)³³.

Un enfoque similar, muy controvertido, fue la “laicidad positiva”, término utilizado en la doctrina española e italiana para referirse al Estado que debe colaborar con las Confesiones Religiosas. Esta manera de entender la laicidad deja a las claras su oposición frente al laicismo”. Por otro lado, el desarrollado en Canadá el concepto de “laicidad abierta” o “de reconocimiento”, la cual defiende un

³³ P. Fernando Pascual L.C. “La sana laicidad, muy diferente del laicismo”. Sacerdos. <https://es.catholic.net/op/articulos/30378/cat/1199/la-sana-laicidad-muy-diferente-del-laicismo.html#modal>

modelo centrado sobre la protección de la libertad de conciencia y de religión, así como una interpretación más flexible de la neutralidad estatal.

Por lo anterior, es importante recordar que nuestro sistema jurídico cuenta un marco jurídico acorde a la materia, que si bien se apoya en el “principio histórico de separación del Estado y de las iglesias” y en el carácter laico de la educación, los cuales ya referidos con anterioridad. De forma paralela, al lado de esta dimensión jurídica existe un componente filosófico o ideológico, que impacta en cómo se aplican las normas, especialmente, en un país como México, donde existe un desajuste importante entre ser y deber ser³⁴. En donde los servidores públicos se amparan detrás del principio de laicidad y de libertad religiosa para expresar públicamente sus convicciones religiosas y entregar sus estados o municipios a una divinidad. En el cual los médicos del sistema público de salud se disculpan de realizar ciertos procedimientos, al considerarlos contrarios a su religión³⁵.

Y en donde la Iglesia católica y nuevas denominaciones evangélicas influyen de manera importante en la cotidianidad de los mexicanos y en sus percepciones sobre lo lícito y lo ilícito. Pero también México es un país que se ha vuelto cada vez más plural, y que ha entrado de manera decidida en la edad de los derechos humanos, en particular, a partir de la importante reforma de 2011. La laicidad de combate, antirreligiosa e intolerante, que dominó en el país tras la Revolución Mexicana, ha quedado obsoleta, la cual nosotros llamamos laicismo. Ciertamente, fue necesaria en su momento para consolidar las conquistas de la Reforma y afianzar los ideales laicos ante una Iglesia que no había renunciado a su poder temporal. Hoy

³⁴ Capdevielle, Pauline “La laicidad que queremos”, Animal Político, Laboratorio Nacional Diversidades UNAM-CONACyT. 09/11/2018. <https://www.animalpolitico.com/diversidades-fluidas/la-laicidad-que-queremos/>

³⁵ Objeción de Conciencia. Artículo 10 bis de la Ley General de Salud. 11 de mayo de 2018.

el mundo ha cambiado profundamente, y ni siquiera los agnósticos o ateos volverían a cerrar los conventos, quitarles la personalidad jurídica a las iglesias o limitar el número de sacerdotes en cada entidad federativa.

Más bien, la laicidad (neutralidad o aconfesionalidad) que queremos es un proyecto donde quepan todas las convicciones y las morales particulares, una laicidad incluyente, orientada a la defensa y protección de los derechos fundamentales de todos, creyentes, agnósticos y ateos. Es una laicidad fiel a sus orígenes, que entiende que solo puede existir una convivencia pacífica genuina si se reconoce la diversidad y libertad plena de las personas en condición de igualdad. Esta diversidad no se limita a la cuestión confesional. Si bien es cierto que México se caracteriza por una creciente pluralidad de creencias, tanto religiosas, como filosóficas y éticas, debemos adoptar un enfoque laico que tome en cuenta la diversidad de género, la orientación sexual, la condición socioeconómica, las diferencias geográficas, las capacidades, las condiciones de salud, el idioma, y una larga lista de etc. La laicidad que defendemos busca limitar la influencia del Estado y de los grupos religiosos en la determinación de las convicciones fundamentales, principios y valores de las personas, así como de sus objetivos, planes de vida, y medios para alcanzarlos.

Asimismo, el principio constitucional de laicidad no solamente se limita a una mera separación institucional entre el Estado y las iglesias, sino que debe asegurar que las leyes civiles y las políticas públicas sean libres de sesgo religioso y/o filosóficos particulares. En México, la laicidad se presenta como un mecanismo para evitar el “*mayoriteo*”, que permite proteger y garantizar los derechos de los más vulnerables y de los sectores históricamente discriminados y

marginados. La laicidad que queremos consiste en un proyecto de libertad e inclusión, que garantiza los derechos humanos y promueve la diversidad³⁶.

V. CONCLUSIONES

Sirvan las presentes líneas, para recordar que la separación entre el Estado y las Iglesias, aún no es prueba superada para muchos. Que esta relación no es la misma de hace cien años y que hoy, a pesar de quien buscan mantener lo religioso en lo privado, la reforma constitucional de 2011 en materia de Derechos Humanos, obliga a vivirlo públicamente. Urge revisar con dedicación y esmero, la construcción que hemos realizado del Derecho Eclesiástico Mexicano; pero desde diferentes voces, desde diferentes expresiones de lo religioso, que no se monopolice el uso de la voz por lo que ya conocemos, hay una necesidad imperante de escucharnos todos en lo político, en lo religioso, en igualdad. Es necesario sacar a los ministros de culto de sus templos y escucharles en las plazas y mercados, sin temor a ser censurados por sus opiniones, que en ocasiones serán contrarias a la mayoría pero que tienen el mismo valor de ser escuchadas con atención y respeto.

Un elemento que no debe de pasar de largo, es la polarización que se ha empeñado en mantener esta administración, en nutrir cada mañana aprovechando cualquier pretextos para generar confrontación. Desde el titular del ejecutivo hasta las oficinas más sencillas, existe la consigna de la “revancha”, la “vendeta”, no es reivindicar algún derecho sino arrebatar lo que no es mío y quiero. Esta actitud dificulta procesos de integración y cohesión social que buscan las diversas manifestaciones religiosas, y las cuales simplemente no tendrán eco, si seguimos viendo al enemigo en el espejo.

Los Derechos Humanos, así como los Derechos Fundamentales

³⁶ Capdevielle, Pauline “La laicidad que queremos”, op cit. Pág. 29.

y sus garantías, no son capricho o moda, acciones que con el tiempo se olviden, o que escritas en la arena pronto el mar las debore, no, muy equivocado está quien piense que estos conceptos serán efímeros. Estas construcciones son la “piedra angular” sobre la cual debe construirse un sistema que se jacte de democrático, de incluyente e inclusivo, que de verdad se preste al diálogo abierto y franco, con una escucha empática y resiliente, en el cual todas y todos, sin importortar origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opinión, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y sienta anular o menoscabar sus derechos y libertades que tiene como persona.

El camino no es fácil y nadie dijo que lo sería, no hay procesos mágicos o espontáneos, no se cambia de un día para otro ni mucho menos de un sexenio a otro. Hay procesos estructurados, hay trabajo enfocado a metas, hay esfuerzo por parte de todos los actores, de hacer de ese discurso una realidad. No son sólo cambios gramaticales para que “suene” igual o para que se lea parecido como en otros Estados, es posibilitar el acceso al ejercicio pleno de esos Derechos y Libertades. Es la obligación por parte del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, para que toda persona goce de los derechos que consagra la Constitución Federal, sin olvidar las obligaciones que ello conlleva.

Es un “*via crucis*” en espera de varios cirineos, que no sólo ayuden a cargar la cruz, sino que sean capaces, de con toda neutralidad, logren materializar cada beneficio enunciado en Tratados o Convenciones a nivel internacional en cada ordenamiento jurídico nacional por más pequeño que este sea.

VI. REFERENCIAS

1. BIBLIOGRAFÍA

- Blancarte, Roberto, “Las Relaciones Estado-Iglesia Católica a la Luz del Segundo Viaje de Juan Pablo II a México” en Barranco V. Bernardo (coord.) *Más allá del carisma*, Jus, México 1990, pp. 25 y ss.
- Carbonell, Miguel “Los Derechos Fundamentales en México” Edit. Porrúa, México, 2005. Pág. 9.
- Correa, Eduardo J. *El Partido Católico Nacional*, Fondo de Cultura Económica, primera edición, México 1991.
- Cruz Villalón, Pedro, *La curiosidad del jurista persa, y otros escritos sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 1999, pp. 23-53 en Carbonell Miguel “Los Derechos Fundamentales, cit. Pág. 8.
- González Del Valle, José Ma. *Derecho Eclesiástico Español*. Edit. Civitas, Madrid, 2011. Págs. 364 págs.
- Ferrajoli, Luigi “Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales”. Edit. Trotta, Madrid, 2007, Pág. 45.
- Fix Fierro, Héctor, “Los Derechos Políticos en el Ordenamiento Mexicano”, contenido en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XLV, IX-XII 1995, pp. 65-66.
- Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991, p. 29.

2. DOCUMENTOS EPISCOPALES

- Conferencia del Episcopado Mexicano. Carta pastoral Del encuentro con Jesucristo a la solidaridad con todos, No. 107. 25/03/2000.

Conferencia del Episcopado Mexicano. “Que en Cristo nuestra Paz México tenga Vida Digna”. México 2010.

Conferencia General del Episcopado Latinoamericano y del Caribe, Aparecida, Documento conclusivo, No. 31. Bogotá. 2007.

3. CIBERGRAFÍA

Barranco, Bernardo “A 30 años del reestablecimiento de Relaciones Estado-Iglesias”, Revista Proceso, Sección Análisis-Opinión, México, 2021. <https://www.proceso.com.mx/opinion/2021/12/24/30-anos-del-restablecimiento-de-relaciones-estado-iglesias-278021.html>

Capdevielle, Pauline “La laicidad que queremos”, Animal Político, Laboratorio Nacional Diversidades UNAM-CO-NACyT. 09/11/2018. <https://www.animalpolitico.com/diversidades-fluidas/la-laicidad-que-queremos/>

Centro de Capacitación Judicial Electoral, “Derechos Político-electorales de los Ministros de Culto”. Revista Electoral, México. 1998. <https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-1998-02-010-068.pdf>

Lizarraga, Motta Juan Bautista ¿Por qué los mexicanos somos como somos? Debate. Sección Sociedad y Derecho, 18/03/2020. <https://www.debate.com.mx/opinion/Juan-Bautista-Lizarraga-Motta-Sociedad-y-Derecho-Por-que-los-mexicanos-somos-como-somos-20200317-0305.html>

P. Pascual, Fernando L.C. “La sana laicidad, muy diferente del laicismo”. Sacerdos. <https://es.catholic.net/op/articulos/30378/cat/1199/la-sana-laicidad-muy-diferente-del-laicismo.html#modal>

Ruíz, Emiliano Retiran el registro a la “Santa Muerte”, Reforma, 30/04/2005. En Vlex <https://vlex.com.mx/vid/retiran-registro-santa-muerte-193775707>

Jurista del Futuro “PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU NATURALEZA Y FUNCIÓN EN EL ESTADO MEXICANO”. 13/03/2019. <http://juristadelfuturo.org/el-principio-de-progresividad-de-los-derechos-humanos/>

4. LEGISGRAFÍA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Ley de Asociaciones Religiosas y de Culto Público.

Ley General de Salud.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Semanario Judicial de la Federación. Tesis 2a./J. 35/2019 (10a.)
Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 63,
Febrero de 2019, Tomo I, página 980. JURISPRUDENCIA.
Registro Digital 2019325.

Semanario Judicial de la Federación. Tesis 1a. LX/2007 LIBERTAD RELIGIOSA. SUS DIFERENTES FACETAS. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, Febrero de 2007, página 654. Registro digital: 173253.

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO HERRAMIENTAS PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

San Vicente Parada Aida del Carmen¹

I. INTRODUCCIÓN

En el preámbulo de la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad –aprobada el 13 de diciembre de 2006 junto a su Protocolo, y en vigor a partir del 3 de mayo de 2008–, se establece lo siguiente: e) Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás².

De lo anterior podemos colegir que el propósito de la Convención es remarcar jurídicamente el enfoque social, a la luz del discurso de los derechos humanos. Bajo esa tesitura la discapacidad resulta de la interacción de las personas discapacitadas con medios no idóneos tanto en materia de infraestructura, así como la actitud que la sociedad asume ante los discapacitados, para que interactúen activamente en la toma de decisiones y en el devenir cotidiano de la vida. De esta forma y teniendo en cuenta los avances en materia de medicina y salud, la Convención señala que la discapacidad es

¹ Maestra y licenciada en derecho por la UNAM, ambas con mención honorífica, candidata a doctora en derecho por la UNAM, recipiendaria de la Medalla Alfonso Caso 2014 por sus estudios en maestría, conferencias a nivel nacional e internacional, autora de voces jurídicas para la RAE y catedrática fundadora de la especialización en derecho sanitario de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y de la maestría en inclusión de la Universidad Westhill donde imparte la asignatura de políticas públicas en inclusión.

² Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ONU, disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> (8 de junio de 2021 11:39 hrs.)

un concepto que evoluciona, por ejemplo, una persona con esquizofrenia paranoide puede desarrollar su vida de forma autónoma; en años anteriores este tipo de afecciones no era tratable y la persona pasaba a ser un incapaz absoluto, sujeto a la tutela de su familia o de instituciones de salud mental.

El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás³.

Por lo tanto, la discapacidad es un concepto flexible, no es limitativo porque incluye a las personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que topan con barreras que impiden que actúen de forma activa o como centro de decisión (en la medida de lo posible).

Partiendo de lo anterior en las siguientes páginas abordaremos el concepto de discapacidad, los enfoques de la discapacidad a lo largo de la historia y los principales derechos de las personas con discapacidad establecidos en la Convención y en la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad -en adelante nos referiremos a ella como la ley general-, finalmente establecemos la obligación que tiene el Estado mexicano para diseñar políticas públicas que visibilicen a las personas con discapacidad a la par de garantizar su derecho a la accesibilidad y a la inclusión.

³ *Idem*

II. MARCO CONCEPTUAL

Anteriormente señalamos que la discapacidad desde el enfoque social se traduce en la serie de barreras que impiden a la persona con discapacidad interactuar dentro de la comunidad, por ejemplo, la falta de transporte público con infraestructura para sillas de ruedas. La ley general señala que la discapacidad “es la consecuencia de la presencia de una deficiencia o limitación en una persona, que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás⁴”.

En esa línea de pensamiento es importante establecer el concepto de persona con discapacidad: “todo ser humano que presenta, temporal o permanentemente, alguna deficiencia parcial o total en sus facultades físicas, intelectuales o sensoriales, que le limitan la capacidad de realizar una o más actividades de la vida diaria, y que puede ser agravada por el entorno económico o social⁵”.

Existen varios tipos de discapacidades: física, intelectual (comprende retraso cognitivo para menores de 18 años y deterioro cognitivo en el caso de adultos mayores), sensorial (carencia o disminución de los sentidos, por ejemplo, ceguera), mental (comprende las enfermedades mentales como esquizofrenia, depresión, adicción a sustancias psicoactivas y Alzheimer, entre otras); una persona puede presentar una o varias discapacidades, de acuerdo con la ley general, podemos apuntar las siguientes:

“Discapacidad Física. Es la secuela o malformación que deriva de una afección en el sistema neuromuscular a nivel central o periférico, dando como resultado alteraciones en el control del movimiento y la postura, y que al interactuar con las barreras que le im-

⁴ Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, artículo 2 fracción XI, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGI-PD_120718.pdf (11 de abril de 2022).

⁵ Ibidem fracción XXVII

pone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás;

Discapacidad Mental. A la alteración o deficiencia en el sistema neuronal de una persona, que aunado a una sucesión de hechos que no puede manejar, detona un cambio en su comportamiento que dificulta su pleno desarrollo y convivencia social, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás;

Discapacidad Intelectual. Se caracteriza por limitaciones significativas tanto en la estructura del pensamiento razonado, como en la conducta adaptativa de la persona, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás;

Discapacidad Sensorial. Es la deficiencia estructural o funcional de los órganos de la visión, audición, tacto, olfato y gusto, así como de las estructuras y funciones asociadas a cada uno de ellos, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás⁶.

Otro concepto para destacar es de funcionalidad: es un criterio para medir el grado de capacidad que permite a una persona llevar a cabo sus actividades cotidianas; las características del entorno pueden incidir en el grado de capacidad para desplegar una actividad. La funcionalidad debe ser determinada por un médico, de acuerdo con varios instrumentos.

Se han desarrollado diversos instrumentos para clasificar el grado de discapacidad y de funcionalidad, como la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de la OMS (en adelante CIF por sus siglas en inglés), la Clasificación Inter-

⁶ *Ibidem* fracciones X a XIII.

nacional de Enfermedades 10^a. Edición de la OMS (en adelante CIE-10), el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría (en adelante DSM-5), y el Manual sobre Discapacidad Intelectual: Definición, Clasificación y Sistemas de Apoyo 11^a. Edición de la Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo. Es importante recalcar al lector, que existen otros instrumentos, pero debido a su importancia y generalidad se consideraron estos documentos.

Agotado lo anterior contamos con el marco referencial suficiente para establecer los diversos enfoques de discapacidad que han estado presentes a lo largo de la historia y cuya evolución nos permite comprender cabalmente el avance legislativo en materia de derechos humanos de las personas con discapacidad.

III. ENFOQUES ENTORNO A LA DISCAPACIDAD.

El concepto de discapacidad es un concepto flexible, de naturaleza mutable, debido a su carácter histórico, de ahí que el concepto varíe y su definición pivote en diversos aspectos, como la beneficencia o el modelo paternalista en la medicina. A continuación, un breve esbozo de estos enfoques⁷.

El enfoque más primigenio de la discapacidad es el de beneficencia, éste considera a los discapacitados como sujetos pasivos que son objeto de la bondad de la sociedad, pues no pueden valerse por sí mismos; la discapacidad es un problema individual, por lo que la persona es puesta en una tutela absoluta debido a que no es vista como centro de decisión. Este enfoque subsume al individuo a la buena voluntad de la sociedad y no propicia la participación e integración de las personas con discapacidad.

⁷ Cfr. Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Guía de Formación), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra 2014, pp. 8-16, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CRPD_TrainingGuide_PTS19_Accessible_sp.pdf (8 de junio de 2017 10:32 am).

El segundo enfoque es el más predominante hasta la fecha, parte del modelo médico, predominante en los siglos XIX y parte del XX, supone una relación con un sujeto en posición de superioridad (personal sanitario) y un sujeto en una posición de inferioridad (enfermo, en este caso discapacitado) quien está en manos del médico, por lo que asume un papel de sujeto pasivo. Para este enfoque el tratamiento médico del sujeto con discapacidad es necesario, pues son enfermos que necesitan atención médica para que su salud se restablezca. Normalmente hace coyuntura con el enfoque de beneficencia.

Cabe destacar que el enfoque médico floreció después de la Segunda Guerra Mundial, gracias a la labor del doctor sir Ludwig Guttmann, médico judío que dedicó casi toda su vida profesional a la rehabilitación de los soldados heridos en la contienda; el 29 de julio de 1948 el doctor Guttman organizó una competencia entre hospitales con deportistas con silla de ruedas, esta situación sirvió de preludio para establecer los Juegos Paralímpicos -fueron nombrados así a partir de la década de 1980- los primeros juegos se llevaron a cabo en Roma en 1960. Como se puede observar la medicina ayudó en gran medida a rehabilitar a las personas con discapacidad y pugó por su inclusión y visibilización.

El tercer enfoque es el social, éste considera a la discapacidad como una consecuencia de las barreras que el entorno le impone al individuo; la sociedad es la que pone obstáculos (como la falta de rampas en las instalaciones o de traducciones en braille), creando así la brecha entre el individuo y la sociedad, es decir la discapacidad es una construcción social. Reconoce al individuo como centro de decisión, como sujeto activo de la sociedad. En él, se da cabida al modelo liberal en medicina (autonomía), ya que se acepta que los sujetos con discapacidad requieren tratamiento médico pero la relación médico-paciente se desarrolla de forma simétrica; hay dos centros de valoración y decisión de las intervenciones que deben llevarse a cabo en el manejo de la enfermedad: el primero es el médico (único capaz de determinar las estrategias terapéuticas para cierta

situación clínica); el segundo se personifica en el discapacitado, que goza de autodeterminación con respecto de las intervenciones diagnósticas y terapéuticas, en la medida de lo posible.

Este enfoque pugna por la eliminación de los obstáculos materiales, sociales, políticos y económicos que impiden la participación plena y activa de los sujetos con discapacidad, lo anterior implica la creación de leyes y políticas públicas que permitan la integración de la persona.

El último es el enfoque de derechos humanos, su atalaya es la dignidad que se erige como estrella polar que guía las actuaciones de la ciencia, la tecnología y la sociedad para que reconozcan al ser humano como intocable, cuya integridad física y emocional es un referente obligado para sus avances y evolución. La idea de dignidad encarna el *respeto por sí mismo* la cualidad de ser estimable u honorable para sí y para los demás. En ese orden de ideas la dignidad se convierte para la sociedad en general, en una exigencia moral, que busca conservar esa estimación y evitar que sea ultrajada.

Para lograr lo anterior el enfoque en derechos humanos se constituye en un acuerdo entre las personas con discapacidad, los Estados y el sistema de derechos humanos como una ética universal mínima, para patentizar jurídicamente las ideas del enfoque social.

Es menester mencionar que el enfoque social y en derechos humanos, han inspirado diversas legislaciones cuyo propósito es asegurar la intervención gradual de los incapaces. Verbigracia, el modelo sueco con la Ley sobre Servicios de Apoyo a Personas con Discapacidad (1994) que establece diversas figuras que apoyan a la persona en mayor o menor grado. Por su parte el Código Civil de Alemania sigue la tendencia del modelo sueco, para impedir la intervención total sobre la persona con discapacidad, siempre y cuando su condición así lo permita. El modelo inglés con su Ley de Actos Mentales de 2005⁸,

⁸ Para mayor abundancia sobre la Mental Capacity Act 2005, se sugiere consultar: Ruck Keene, Alexandre, Bartlett, Peter & Allen, Neil, "Litigation Friends or Foes? Representation of 'P' Before The Court of Protection," *Medical Law Review*, vol. 24, no.

apuesta por sociedades civiles con fondos gubernamentales que celebran contratos con las personas discapacitadas con el fin de apoyarlas gradualmente, además de apostar por jurisdicciones voluntarias que permiten analizar el grado de entendimiento que la persona tiene con respecto al acto en particular, con el fin de dictaminar si la persona necesita asistencia o no, de esa forma se evita la intervención total mediante un juicio de interdicción. La Columbia Británica en Canadá ha adoptado el mismo modelo. Australia ha optado también por seguir este modelo de apoyo abandonando la intervención y disposición total sobre el incapaz⁹. En América Latina encontramos a la Ley 1306 sobre Actos Mentales de Colombia (2009).

IV. DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

El enfoque social hace eco en la Convención, que esgrime los siguientes principios generales para lograr su cometido¹⁰: respeto de la dignidad y autonomía, la no discriminación, participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad¹¹, igualdad entre el hombre y la mujer, el respeto a la evolución de los niños y las niñas con discapacidad y a su derecho a preservar la identidad.

3, Oxford University Press, London, 2016, pp. 333-359. Y Case, Paula, “Dangerous Liaisons? Psychiatry and Law in the Court of Protection-Expert Discourses of ‘Insight’ (and ‘Compliance’)”, *Medical Law Review*, vol. 24, no. 3, Oxford University Press, London, 2016, pp. 360-378.

Estos dos artículos son en conmemoración de los 10 años de implementación de la ley *at supra* mencionada y son un acercamiento tanto clínico como legal a la misma.

⁹ Cfr. Sánchez Gutiérrez, Carlos (coord.), *Capacidad Jurídica Tomo IV*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2013.

¹⁰ Cfr. *Ibidem*. Artículo 3°

¹¹ De acuerdo con la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad la accesibilidad se refiere a las medidas pertinentes para asegurar el acceso de

La Convención se rige por los siguientes principios: respeto de la dignidad inherente, autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la accesibilidad; el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad; adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención; y tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad. De estos dos últimos principios nos ocuparemos en la parte final del presente artículo.

Para lograr la integración de las personas con discapacidad el artículo 4° de la Convención impone a los Estados Parte la obligación de asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna¹². En el punto 3 del mismo artículo en cita los Estados Parte se comprometen a elaborar y aplicar legislaciones y políticas para hacer efectivo el propósito de la Convención – el artículo 8 del mismo instrumento legal refuerza estas obligaciones como parte de la toma de conciencia de los Estados Parte.

En esa misma línea de pensamiento, la Convención en su artículo 19 reconoce la accesibilidad, o sea el derecho a vivir de forma independiente y autónoma dentro de la comunidad y a ser incluido en la misma como miembro activo, consagrando también su de-

las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales (artículo 2 fracción I).

¹² Cfr. *Ibidem*

recho a elegir su lugar de vivienda, a participar en las decisiones de la comunidad, a acceder a los servicios y a gozar de movilidad personal (artículo 20)¹³.

Otros derechos consagrados en la Convención son: derecho a la privacidad, respeto al hogar y a la familia, educación, acceso a la información y libertad de expresión, habilitación y rehabilitación, empleo, protección social, acceso a la cultura y a la recreación, participación en la vida pública y en la política, artículos 21 a 30¹⁴.

El ánimo de citar los preceptos generales de la Convención es enfatizar que el nuevo enfoque asume que las personas con discapacidad son centro de decisión y que merecen vivir una vida plena, integración social y una efectiva participación en su comunidad. Por lo tanto, los ajustes en la legislación nacional deben ser tendientes a patentizar los principios de autonomía, dignidad y accesibilidad. Pues como hemos podido apreciar es el entorno y la manera en que la persona con discapacidad se relaciona con el mismo lo que levanta las barreras que impiden a los discapacitados ejercer sus derechos plenamente.

En concordancia con el artículo 15 apartado 2, los Estados Parte tienen la obligación de adoptar las medidas carácter legislativo, administrativo, social, educativo, para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el hogar como en la comunidad, con el fin de erradicar la discriminación, los estereotipos, la violencia y la falta de perspectiva de género. De igual manera los Estados Parte tienen la obligación de establecer mecanismos para la sensibilización de la población respecto a las necesidades y la inclusión de las personas con discapacidad, pues es menester dignificarlas.

Estos cometidos se logran a través de la armonización de la ley nacional con el contenido de la Convención, en este rubro México ha establecido la Ley General de Inclusión para las Personas con

¹³ *Ibidem*

¹⁴ *Ibidem*

Discapacidad, por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido varios criterios que abogan por el modelo social en materia de discapacidad, lo que ha permitido la implementación judicial del modelo de asistencia en el juicio de interdicción -aboliendo la implementación del modelo de sustitución de la voluntad en la tutela-, con el fin de garantizar el derecho a la personalidad jurídica y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en materia judicial hemos avanzado, aunque solamente 34% de los estados de la República han armonizado sus leyes.

Concatenado a lo anterior las políticas públicas son esenciales para cumplir con las obligaciones asumidas por el Estado mexicano al ratificar la Convención. En esta materia hemos retrocedido varios pasos pues no existen programas en materia de inclusión. A continuación, a manera de conclusión nos permitimos establecer algunos señalamientos en torno a las políticas públicas en materia de discapacidad, ya que es urgente la adopción de estrategias para garantizar los derechos humanos de las personas con discapacidad.

V. A MANERA CONCLUSIÓN: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA INCLUSIÓN.

Las políticas públicas son el producto de un proceso de deliberación y de toma de decisiones del Estado frente a problemas públicos o frente a la problemática social, e implican acciones u omisiones de las instituciones gubernamentales. Son las estrategias del Estado dirigidas a enfrentar problemas que generalmente aquejan al colectivo y sobre las cuales se erige un reclamo de legitimidad.

Su objetivo es obligar a negociaciones, ajustes, compensaciones entre los actores políticos y sociales interesados en la atención de un cierto asunto considerado público y en la necesidad de echar a andar una cierta política en respuesta a las necesidades de la colectividad.

En síntesis, las políticas públicas son un plan para resolver una problemática social, en este caso las barreras que impiden a una persona desarrollar sus actividades, desenvolverse en sociedad o ejercer sus derechos plenamente, son una problemática social, ya que impiden que un gran sector de la población acceda a una vida plena y goce de inclusión en rubros como transporte, educación, salud, deporte, etc.

De acuerdo con el INEGI en 2020 en México, existen 6,179,890 personas con algún tipo de discapacidad, lo que representa 4.9 % de la población total del país. De ellas 53 % son mujeres y 47 % son hombres¹⁵. Las mayores dificultades son: caminar, subir, ver, oír, hablar o comunicarse, recordar o concentrarse y problemas para bañarse, comer o vestirse. Como se puede apreciar son actividades que cotidianamente realizamos, muchas de estas personas no cuentan con recursos para pagar cuidadores o contar con infraestructura en casa, muchas veces no son contratados porque en los trabajos son rechazados por motivos de discriminación, por falta de incentivos a través de la firma de convenios que promuevan acciones afirmativas o bien porque en el lugar de trabajo no se cuenta con la infraestructura adecuada -diseño universal o no cuentan con las habilidades o destrezas para desarrollar el trabajo pues no han recibido capacitación. Otros aspectos son la movilidad y las dificultades cognitivas en el caso de acceso a la educación. Estas lamentables situaciones conducen a la marginación y la falta de movilidad social. Por tal motivo la discapacidad es un problema social que debe ser solventado con la implementación de un marco legal con enfoque social y políticas públicas para la inclusión.

Las políticas públicas tienen 3 componentes: 1) base institucional, para el caso de México este elemento se recrea a través del Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas

¹⁵ Disponible en: <https://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/discapacidad.aspx#:~:text=De%20acuerdo%20con%20el%20Censo,mujeres%20y%2047%20%25%20son%20hombres.> (11 de abril de 2022).

con Discapacidad (CONADIS); 2) fundamento legal marco legal de la discapacidad en México (leyes en materia de inclusión, tutela etc.) y; 3) intervenciones concretas, que se traduce en planes, programas y proyectos.

Actualmente en el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, se establece que: “El Programa Pensión para el Bienestar de las Personas con Discapacidad apoya a niñas, niños y jóvenes de hasta 29 años que tienen discapacidad permanente, así como a personas con discapacidad de 0 a 64 años que vivan en comunidades indígenas. Más de la mitad de las personas con discapacidad se encuentran además en situación de pobreza. Con este programa el gobierno de la república busca la vigencia efectiva de los derechos de niñas, niños, jóvenes e indígenas con discapacidad, así como eliminar la marginación, la discriminación y el racismo de las y los mexicanos con discapacidad. El monto del apoyo económico es de 2 mil 250 pesos bimestrales y se entrega en forma bimestral mediante depósito directo en tarjeta bancaria¹⁶”.

Desafortunadamente esta estrategia es muy limitativa pues no provee de herramientas para la accesibilidad, una vida independiente o inclusión. Por una parte, el monto es muy pequeño; además de enunciar una discriminación indirecta porque establece como edad límite para recibir la pensión los 29 años, desafortunadamente existen discapacidades que acompañan a las personas de por vida. Otra situación es la movilidad para cobrar la pensión, pues si bien es a través de tarjeta, en varias comunidades de pueblos originarios no se cuenta con terminales en los establecimientos, las personas deben acudir a otras comunidades donde acepten la tarjeta o cuenten con

¹⁶ Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5565599&fecha=12/07/2019 (11 de abril de 2022, 14:01 hrs.)

terminales. Este tema va en contra del principio de transversalidad¹⁷ que debe regir el diseño e implementación de las políticas públicas, pues deja a un lado a diversos sectores de la población.

Lo anterior nos permite señalar que el Estado mexicano tiene varias áreas de oportunidad en este ámbito, pues las personas con discapacidad necesitan: rehabilitación, transporte adecuado a sus necesidades, infraestructura en lugares públicos como parques, trabajo digno, para lo cual se necesita: capacitación, empleadores que brinden oportunidades en igualdades de condiciones e implementando acciones afirmativas, estímulos fiscales, pero además se necesita acceso a la educación inclusiva, o sea, una educación que no margine a las personas con discapacidad y que sea impartida de acuerdo con las necesidades de cada persona con discapacidad recordemos el concepto de funcionalidad.

Si deseamos erradicar las barreras necesitamos ajustes legislativos y políticas públicas que garanticen los derechos de las personas con discapacidad, que las visibilicen y dignifiquen, necesitamos instrumentos para concientizar y sensibilizar a la población, porque todos debemos implicarnos en la inclusión de las personas con discapacidad, pues ellas son parte de la comunidad y tienen derechos, intereses, necesidades y metas.

VI. REFERENCIAS

Case, Paula, “Dangerous Liaisons? Psychiatry and Law in the Court of Protection-Expert Discourses of ‘Insight’(and ‘Compliance’)”, *Medical Law Review*, vol. 24, no. 3, Oxford University Press, London, 2016, pp. 360-378.

¹⁷ Artículo 2 fracción XXXIV: Transversalidad. Es el proceso mediante el cual se instrumentan las políticas, programas y acciones, desarrollados por las dependencias y entidades de la administración pública, que proveen bienes y servicios a la población con discapacidad con un propósito común, y basados en un esquema de acción y coordinación de esfuerzos y recursos en tres dimensiones: vertical, horizontal y de fondo. Ley general para inclusión de las personas con discapacidad.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ONU, disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Guía de Formación), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra 2014, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CRPD_TrainingGuide_PTS19_Accessible_sp.pdf

INEGI: <https://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/discapacidad.aspx#:~:text=De%20acuerdo%20con%20el%20Censo,mujeres%20y%2047%20%25%20son%20hombres>

Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGIPD_120718.pdf

Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5565599&fecha=12/07/2019

San Vicente Parada, Aida del Carmen, *Retraso y deterioro cognitivo, enfermedad mental y trastornos de la personalidad (una revisión al artículo 450 fracción II del Código Civil para el Distrito Federal)*, en Cossío Díaz, José Ramón, *Innovación Jurídica*, Tirant LoBlanch, Ciudad de México, 2018.

Sánchez Gutiérrez, Carlos (coord.), *Capacidad Jurídica Tomo IV*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2013.

Ruck Keene, Alexandre, Bartlett, PETER & ALLEN, Neil, "Litigation Friends or Foes? Representation of 'P' Before The Court of Protection," *Medical Law Review*, vol. 24, no. 3, Oxford University Press, London, 2016, pp. 333-359.

DERECHO CULTURAL: DIEZ AÑOS DE REZAGO EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Erika Flores Déleon¹

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Cultural es una disciplina emergente en el área jurídica dogmática. A pesar de su gran relevancia para la formación y respeto a la dignidad humana, así como para el desarrollo sustentable y armónico de toda sociedad, al ser parte inherente del sistema universal de los derechos humanos e impulsor de la dimensión cultural del desarrollo, podemos advertir que es un derecho fundamental que ha sido relegado su estudio sistemático por siglos.

En aras de dignificar al sector cultural en su conjunto se requieren accionar cambios sustantivos tanto en legislación, como en políticas públicas que abonen al pleno desarrollo de los derechos culturales, a su pleno disfrute y ejercicio, por el bien de las generaciones presentes y venideras.

A lo largo del ensayo presentamos los más recientes avances científicos en materia de Derecho Cultural, una nueva especialidad de la

¹ Doctora. en Derecho Cultural Erika Flores Déleon, hispano-mexicana originaria de Barcelona, España, cuenta con una experiencia profesional de más de veinte años tanto en la iniciativa privada, en el sector público y social, así como en la investigación y en la docencia. Actualmente se desempeña como Consultora Internacional en Derechos Humanos, Derechos Culturales, Legislación, Política y Responsabilidad Cultural; directora de la Colección “Lecciones de Derecho Cultural”; experta en estudios de factibilidad cultural con enfoque de derechos humanos; autora de diversas obras y artículos publicados por editoriales y revistas tanto nacionales como internacionales; impulsora del nuevo modelo jurídico-cultural desde una perspectiva de derechos humanos; titular de los sellos CURE® CULTURALMENTE RESPONSABLE®; Secretaria de Arte y Cultura del Cuerpo Diplomático de Derechos Humanos, Niños, Mujeres, Hombres y Migrantes, A.C., conductora de la sección cultural del programa Comunicaciones Internacionales en colaboración con IDC Cultura; catedrática en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; así como Presidenta del Instituto Internacional de Derecho Cultural y Desarrollo Sustentable, IDC Cultura www.idccultura.org.mx

ciencia jurídica, donde nos abocamos primeramente a definir qué son los derechos culturales, el derecho de acceso a la cultura y el derecho de la cultura. Seguidamente abordamos el derecho de las Bellas Artes por ser parte del núcleo esencial del derecho de la cultura, para finalizar con las conclusiones, recomendaciones y la bibliografía.

Con la metodología propuesta partiendo del principio de indivisibilidad de los derechos humanos, se pretende constatar tanto el rezago en la implementación de los derechos culturales como derechos humanos, así como la imperiosa necesidad de conocer, aplicar y gozar de los resultados de investigación en materia de Derecho Cultural.

II. DERECHO CULTURAL

Entendiendo por “Derecho Cultural o derechos culturales *lato sensu* aquel sistema normativo compuesto por un conjunto de disposiciones contenidas en instrumentos jurídicos que regulan el quehacer cultural. Entendiendo por ‘quehacer cultural’, aquella actividad humana dirigida a estimular la creatividad, el intelecto y la identidad, como condición *si ne qua non* a la adquisición de herramientas que coadyuvan al libre desarrollo de la personalidad, en el marco de la diversidad de las expresiones culturales.”²

Consideramos relevante la presente precisión terminológica, ya que utilizaremos indistintamente el término ‘Derecho Cultural’ y ‘derechos culturales’ para denotar el sistema normativo —o *corpus iuris* en materia cultural— que nos ocupa. Debiendo ser diferenciado, como ya hemos hecho alusión, de otros términos subyacentes al Derecho Cultural como lo son los ‘derechos culturales *stricto sensu*’, pues refiere al derecho de los pueblos originarios en relación a diversos aspectos del patrimonio cultural inmaterial; y por ‘derecho de la cultura *stricto sensu*’, que abarca el derecho de la actividad creativa en las ramas de las Bellas Artes y la Ciencia —o progreso científico, así como los

² Flores Déleon, Erika. Introducción al Derecho Cultural, 1er tomo de la Colección Lecciones de Derecho Cultural. Coeditado por Atelier Libros Jurídicos e IDC Cultura, el Instituto Internacional de Derecho Cultural y Desarrollo Sustentable, Barcelona, 2018, p. 23.

beneficios asociados a él—.

Todas ellas —derecho de los pueblos originarios, derecho del patrimonio cultural inmaterial y derecho de la cultura, entre otras que serán desarrolladas en líneas ulteriores—, categorías esenciales del Derecho Cultural.

El Derecho Cultural, al ser un derecho humano, debe ser estudiado, regulado e instrumentado de forma sistemática basado en los principios sobre los que se vertebra todo derecho humano, entre ellos el principio de indivisibilidad, el cual refiere a la integralidad de los derechos, ya que un derecho o se respeta y garantiza de forma íntegra, o de lo contrario se viola, pues no se pueden respetar o garantizar los derechos a medias, ello supondría una violación a los mismos.

Para efectos didácticos y metodológicos tanto para su estudio, desarrollo normativo y de políticas públicas, contamos con el Mapa de Valor del Derecho Cultural©, herramienta jurídica emanada de los resultados de investigación científica que tiene innumerables beneficios, de manera enunciativa mas no limitativa:

1. Estandarizar las categorías esenciales del Derecho Cultural y los bienes jurídicos tutelados para cada una de éstas.
A saber, derecho de la educación; derecho de la cultura; derecho del patrimonio cultural, material e inmaterial; derecho autorral; derecho de los medios de comunicación y nuevas tecnologías; derecho de los pueblos originarios; derecho artesanal; derecho de los símbolos nacionales e identitarios; derecho de la diversidad cultural.³
2. Medir y evaluar el grado de desarrollo en términos garantistas de los derechos culturales.⁴
3. Monitorear el gasto público en materia de derechos culturales.⁵

³ *Idem*, p. 52-62

⁴ *Cf.* Oficio de IDC Cultura, el Instituto Internacional de Derecho Cultural y Desarrollo Sustentable, dirigido a Karima Benounne <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/CulturalRights/10thAnniversary/NGOs/4.%20IDC%20Cultura%20submission.pdf> p. 11-14

⁵ Obsérvese que no existe enfoque ni metodología en derechos culturales en la erogación del gasto público. El gasto en “cultura” está dentro del rubro ‘recreación, cul-

4. Estudios de derecho comparado.⁶
5. Contrastar las relaciones entre las diversas categorías de los derechos culturales en particular, así como entre todos los derechos humanos en general.⁷
6. Evaluar el impacto de los derechos culturales en el logro de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible.⁸

Por otro lado, cabe hacer la aclaración que el ‘derecho de acceso a la cultura’ no es un Derecho Cultural *per se*, al no constituirse como una categoría esencial del Derecho Cultural, sino que es un derecho transversal en todo el Mapa de Valor del Derecho Cultural (el cual agrupa todas las categorías esenciales del Derecho Cultural) al ser el último eslabón de la cadena del quehacer cultural.

El derecho de acceso a la cultura debe ser regulado en dos vertientes, la vertiente subjetiva y la objetiva.

En efecto, no sólo es tarea relativa al Derecho Cultural tutelar de manera efectiva el elemento subjetivo en materia cultural, es decir, a todas las personas que intervienen en la cadena del quehacer cultural -todas y cada una de ellas sin discriminación alguna-, sino que es menester que existan condiciones de accesibilidad a los bienes y servicios culturales, por un lado; y, por el otro, regular el elemento ob-

tura y otras manifestaciones sociales’, y éste dentro de ‘desarrollo social’, *Cfr.* ¿Cómo se gastó tu dinero en 2015? Ingresos, egresos y deuda de gobierno, Transparencia Presupuestaria Observatorio del Gasto, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, p. 5 en: http://www.transparenciapresupuestaria.gob.mx/work/models/PTP/Presupuesto/Rendicion_de_Cuentas/CP_2015.pdf (30 de diciembre del 2016).

⁶ Flores Déleon, Erika. Derecho Cultural: Un estudio comparado entre México, España, Argentina y Bolivia, 3er tomo de la Colección Lecciones de Derecho Cultural. Coeditado por Atelier Libros Jurídicos e IDC Cultura, el Instituto Internacional de Derecho Cultural y Desarrollo Sustentable, Barcelona, 2019.

⁷ Flores Déleon, Erika. El nuevo paradigma constitucional de los derechos culturales, 4º tomo de la Colección Lecciones de Derecho Cultural. Coeditado por Atelier Libros Jurídicos e IDC Cultura, el Instituto Internacional de Derecho Cultural y Desarrollo Sustentable, Barcelona, 2019.

⁸ Véase la relación entre el Mapa de Valor del Derecho Cultural© y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, www.idccultura.org.mx

jetivo, lo cual consiste en pormenorizar el tipo de actividades, bienes y servicios culturales que son facilitados por el Estado. Partiendo del fundamento jurídico internacional que el Estado no debe promover, sino facilitar el desarrollo, conservación y la difusión de la cultura.

Ergo, el Estado se ve compelido a eliminar toda serie de trabas y obstáculos al sector cultural en general y al sector cultura en particular, artistas y científicos, para que desarrollen y puedan vivir de su profesión, generar todo tipo de mecanismos que coadyuven a la difusión de la belleza y los avances científicos. Además, se deberá inhibir que se fomente con recursos públicos la distracción y el entretenimiento a través de lo banal, cuestión que, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dichas cuestiones son relativas al ámbito comercial⁹, sobre todo en países en desarrollo.

III. LOS DERECHOS CULTURALES EN MÉXICO

A partir de abril del 2009 México reconoce en el art. 4º de la Carta Magna el Derecho Cultural –o derechos culturales– como sistema normativo, al tiempo que reconoce el derecho al acceso a la cultura como un derecho transversal en toda la cadena del quehacer cultural, así como al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia.

Así las cosas, con la reforma en comento, se deja en manos del legislador actualizar el régimen jurídico de los derechos culturales –o Derecho Cultural–, en virtud de la competencia concurrente en la materia establecida en la fracción XXIX-Ñ del artículo 73¹⁰

⁹ F. 43 de la Observación General N° 21.

¹⁰ Fracción XXIX-Ñ del art. 73, el Congreso de la Unión tiene facultad “para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal coordinarán sus acciones en ‘materia de cultura’, salvo lo dispuesto en la fracción XXV de este artículo. Asimismo, establecerán los mecanismos de participación de los sectores social y privado, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo noveno del artículo 4o. de esta Constitución.”

-en el marco de la distribución competencial establecido en el art. 124 constitucional- adicionado mediante el Decreto de reforma en materia cultural. Teniendo que emprender todas las acciones tendientes a hacer efectivos dos mecanismos mínimos, por un lado, el acceso y participación a cualquier manifestación cultural, según se desprende *in fine* del párrafo duodécimo del artículo 4º; y, por otro lado, de participación de los sectores social y privado, último párrafo del inciso Ñ, de la fracción XXIX, del art. 73 constitucional¹¹. Tarea que se vuelve más acuciante a partir de la reforma en materia de derechos humanos de junio del 2011, por cobrar el derecho internacional de los derechos humanos, entre ellos los culturales, rango constitucional.

El precepto añadido en el art. 4º constitucional también establece la obligación del Estado para promover los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, mismo que sin previa delimitación conceptual, teórica y metodológica se convierte en un mero enunciado sin posibilidades de hacerlo valer y respetar, ya que el concepto de cultura entendido desde un enfoque sociológico y/o antropológico no es operativo para la ciencia jurídica.

El precepto en comento continúa, “atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones”¹². Aquí podemos observar, por un lado, que el Estado-nación monocultural creado en la modernidad bajo el influjo liberal reconoce que debe metamorfosearse para atender a la diversidad cultural que caracteriza a este país debido a la composición pluricultural de todos sus

¹¹ Cabe resaltar que según respuestas a solicitudes de información pública del extinto Consejo Nacional para la Cultura y la Artes y la actual Secretaría de Cultural Federal no cuentan con una definición oficial de cultura, ni de arte, ni se cuenta con un parámetro para el reconocimiento de la condición de artista.

¹² Hoy en día enmarcado en el párrafo doceavo. Asimismo, se adiciona el art. 73 fracción XXV para facultar al Congreso para legislar en materia autoral y otras figuras de la propiedad intelectual cuestión abordada en el apartado dedicado al derecho autoral.

habitantes¹³. Dicho reconocimiento no es suficiente para otorgar a las naciones “indígenas” un estatus jurídico en condiciones de equidad con la mestiza, castiza y eurocéntrica, ya que la interculturalidad no se ha cristalizado, todavía, en las esferas de poder.

Por último, el enunciado “con pleno respeto a la libertad creativa” del mismo párrafo doceavo del art. 4º constitucional, mismo que alude a la no injerencia del Estado en los procesos inherentes a la actividad de creación.

En efecto, el Estado debe crear las condiciones (ya sean jurídicas, políticas, económicas, académicas, de adiestramiento, entre otras) para el pleno desarrollo del proceso cultural, mas no ser un ente promotor de espectáculos, como sucede en la actualidad. Sino que, este enunciado normativo, insta a la actividad estatal a metamorfosearse en un ente garante del Derecho Cultural y generar las condiciones adecuadas para que el sector cultural en su conjunto tenga las posibilidades reales y efectivas para ejercer su profesión en un ambiente de libertad en donde puedan desarrollar plenamente sus potencialidades con dignidad.

A diez años de la reforma constitucional más relevante en la historia del constitucionalismo mexicano, no se han emprendido las reformas a las leyes, políticas públicas ni instituciones que tienen como obligación la promoción, protección, respeto y garantía efectiva de los derechos culturales entendidos como derechos humanos.

Según resultados de investigación científica una legislación cultural de corte garantista debe cumplir con una serie de parámetros, a saber: Regulación del Derecho Cultural bajo el principio de indivisibilidad, es decir, de manera sistémica; colmar y subsanar los vicios de ineffectividad del ordenamiento cultural vigente, tales como lagunas y antinomias jurídicas, respectivamente; dotar de protagonismo al sector cultural y restárselo a las instituciones públicas culturales; contar con conocimiento sustentado en Derecho Cultural

¹³ La Constitución se ve reformada para, de manera implícita en 1992 y explícita en 2001, tras las reformas constitucionales en materia “indígena”, se den los primeros pasos de aceptar jurídicamente la diversidad cultural que caracteriza a este país.

por parte de toda autoridad que tiene como atribución el despacho de asuntos culturales; eliminar la arbitrariedad y reducir el margen de discrecionalidad, para ello se requiere mayor regulación y menor intervención directa por parte del Estado; contar con información oficial de todos los actores fundamentales del sector cultural; apego a los principios de plenitud deóntica, equidad e inclusión plena; así la elaboración de leyes y de políticas públicas con visión a largo plazo.

Cabe resaltar que de los parámetros enunciados, en materia de cultura *stricto sensu* estamos en ceros. En efecto, no hemos avanzado ni un ápice en regular las Bellas Artes y la Ciencia, Tecnología e Innovación desde el enfoque de derechos humanos.

IV. DERECHO DE LA CULTURA

Tomando como punto de partida el núcleo fuerte o *hard law* del Derecho Internacional del Derecho Cultural, definimos y delimitamos la voz ‘cultura’ en sentido estrictamente jurídico (*stricto sensu*), de la siguiente manera.

“El derecho de la cultura, como categoría esencial del Derecho Cultural, engloba todas las proposiciones prescriptivas (disposiciones jurídicas contenidas en normas que regulan el quehacer cultural) para hacer reales y efectivos tanto el derecho como la libertad artística y científica. El derecho de la cultura corresponde a una categoría esencial del Derecho Cultural (*corpus iuris* cultural –u ordenamiento jurídico en materia cultural).”

El derecho de la cultura *stricto sensu*¹⁴ (el cual debe ser clara e inequívocamente diferenciado del derecho de los pueblos originarios así como de otras categorías del Derecho Cultural) protege los bienes jurídicos

¹⁴ El derecho de la cultura *stricto sensu* es la rama del Derecho Cultural menos desarrollada y estudiada de manera sistemática en comparación con otras ramas del derecho cultural tales como el derecho del patrimonio cultural, el derecho autorial, el derecho de la educación, el derecho de los medios de comunicación o incluso el derecho de los pueblos originarios.

relacionados con la actividad creativa en las ramas de las Bellas Artes y la Ciencia, con pleno respeto a la libertad creativa e investigación científica.

Si el Estado se entromete en esta esfera de libertad tutelada por el Derecho Cultural está violando este derecho inalienable, así como si las investigaciones y creaciones son inadvertidas y/o invisibilizadas por los poderes del Estado, o no difundidas de manera eficiente, también se comete una violación por omisión a este Derecho Cultural, derivado de la obligación internacional que tiene por cometido difundir, desarrollar y conservar tanto la ciencia como las artes.

El Estado, como ente garante del Derecho Cultural en general, y el derecho de la cultura en lo particular, debe crear las condiciones para que todos los artistas y científicos cuenten con condiciones favorables para su desarrollo, todas sus creaciones sean difundidas así como conservadas. De lo contrario, se estará violando el derecho a la participación, acceso y contribución efectiva en la vida cultural en condiciones de equidad¹⁵. Por ende, todo país que cuenta con un Padrón de Artistas y ha reconocido jurídicamente la ciencia ciudadana, ha logrado dar un paso relevante, aunque no el último, en la protección eficaz del derecho de la cultura.

En cuanto a la actividad creativa en la rama de las Bellas Artes, el bien jurídico protegido corresponde a las acciones realizadas con el fin de perseguir la belleza —mas no la fama ni el dinero, aunque éstas sean consecuencia de aquella—. Ésta, la belleza, se manifiesta en diversas expresiones artísticas¹⁶, tales como la literatura, artes plásticas y visuales, música de arte¹⁷, danza,

¹⁵ En los Estados Unidos Mexicanos, el órgano administrativo desconcentrado CONACULTA transformado en el año 2015 en la Secretaría de Cultura Federal, reconoce que al no contar con un registro público y oficial de artistas no pueden realizar políticas culturales con el debido rigor jurídico. Empero, no se contempla en la agenda política ni legislativa la creación de dicho censo o padrón.

¹⁶ La música folklórica y demás expresiones culturales son estudiadas en la categoría esencial del Derecho Cultural relativo al patrimonio cultural inmaterial.

¹⁷ A título de ejemplo, la belleza es aquello que inspira y trabaja con mucha disciplina y esfuerzo un bailarín de ballet (más no lo que se busca al bailar reguetón); así como en la música clásica o de arte que inspira a un intérprete o compositor (más no la música comercial). Lo cual es extensivo a las demás disciplinas artísticas.

artes escénicas, fotografía, arquitectura y cine de arte.

El derecho de la cultura, tal y como ha sido acotado y delimitado el término en aras de hacer operativo el conjunto de categorías que conforman el Derecho Cultural, es significativo en aras de metamorfosear el actual estatus jurídico de los artistas¹⁸ a condiciones de reconocimiento y protección en sus derechos y libertades fundamentales tales como el derecho a percibir una remuneración digna; la obligación del Estado de generar las condiciones necesarias para que los artistas puedan desarrollar plenamente su profesión; derecho a dedicarse de forma plena a potencializar su talento; derechos laborales, sociales, fiscales y económicos; entre otros derechos reconocidos en instrumentos jurídicos internacionales como lo es la Recomendación de la UNESCO Relativa al Reconocimiento de la Condición de Artista¹⁹ aprobada en 1980 en estrecho vínculo con la Convención UNESCO sobre la

Para ahondar en la diferencia entre la música comercial y la de arte véase Lluís Puebla, Emilio “Música de arte y su diferencia con la música comercial, una guía para distinguirlos”, en la página oficial del Instituto Mexicano de Ciencias y Humanidades, http://imch.org.mx/03_archivos/IMCH2015aArticLluispagIMCH.pdf

¹⁸ El término “artista” debe ser entendido como aquella persona que busca la belleza en alguna de las Bellas Artes.

De esta manera, delimitamos el concepto de artista empleado por la UNESCO, quien designa con el término artista tanto a los autores, creadores, intérpretes y ejecutantes que trabajan en los ámbitos siguientes: literatura y edición; artes escénicas y dramáticas, incluidos el teatro de títeres, circo y pantomima; danza; música, tales como compositores, músicos, cantantes, coristas, arreglistas, directores de orquesta, etc; artes visuales, entre ellas pintura, escultura, artes gráficas, fotografía, producciones multimedia, etc; medios de comunicación audiovisuales, como el cine, televisión, radio, multimedios interactivos, etc. Cfr. Revitalización de la Recomendación de la UNESCO relativa a la Condición de Artista de 1980, Cuestionario destinado a los Estados Miembros de la UNESCO en octubre del 2014, p. 2, en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002301/230191s.pdf>

¹⁹ “La Recomendación de la UNESCO relativa a la Condición de Artista fue adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en 1980. Su objetivo es fortalecer las políticas y medidas para hacer frente a la situación profesional, social y económica de los artistas, lo que les permite trabajar, crear y organizarse con éxito en un entorno propicio. En este contexto, se ocupa de cuestiones de formación, seguridad social, empleo y condiciones fiscales”. Cfr. <http://es.unesco.org/creativity/monitoreo-e-informes/monitoreo-tematico/condicion-del>

Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005²⁰.

En cuanto a la actividad creativa en la rama de la investigación científica, contiene las disposiciones que regulan el derecho a participar, contribuir, conocer y gozar del progreso científico y sus aplicaciones, cuyo bien jurídico protegido es la preservación y desarrollo armónico de la vida (la raza humana y el entorno que lo rodea) en cuanto a la ciencia, la tecnología y la innovación, tanto en su forma teórica como aplicada, así como de la normatividad que regula los beneficios que del progreso y avance científico resulten²¹.

V. DERECHO DE LAS BELLAS ARTES

Como hemos hecho alusión en los epígrafes precedentes, el derecho de las Bellas Artes es parte del núcleo esencial del derecho de la cultura y es una categoría esencial del Derecho Cultural.

La ley vigente que regula las Bellas Artes en México es la Ley que crea al Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura -INBAL-, publicada en el DOF el 31 de diciembre de 1946, su última reforma data del 17 de diciembre del 2015 como consecuencia de la creación de la Secretaría de Cultura Federal. No obstante, cabe resaltar que la anterior reforma se publicó el 11 de diciembre de 1950. Dicha institución tiene personalidad jurídica propia y fungió como un órgano dependiente de la Secretaría de Educación Pública hasta la creación de la Secretaría de Cultura Federal.

Según se desprende del art. 2º tiene como finalidad el cultivo, fomento, estímulo, creación e investigación de las Bellas Artes en las ramas de la música, artes plásticas, artes dramáticas, danza, bellas letras en todos sus géneros

²⁰ A continuación cabe distinguir entre actividades, bienes, servicios e infraestructura culturales. A título de ejemplo, el libro es un bien cultural cuya actividad es la lectura, el servicio es prestado dentro de la biblioteca la cual es parte de la infraestructura cultural. Así, ésta última comprende los espacios en donde se muestra la obra creada, interpretada o ejecutada, ya sean bibliotecas, salas de concierto, de teatro, de exposición, casas de cultura, y todo espacio en donde se lleve a cabo un acto cultural.

²¹ Flores Déleon, Erika, Introducción al Derecho Cultural. Op. Cit, pág. 58.

y arquitectura; la educación artística; la difusión de las Bellas Artes y bellas letras; entre otros²².

Según resultados de investigación científica, encontramos una gran laguna jurídica en cuanto a la subcategoría de las Bellas Artes, núcleo esencial del derecho de la cultura *stricto sensu*, ésta a su vez categoría esencial del Derecho Cultural, pues el ordenamiento interno mexicano no cuenta con garantías primarias, entendiéndose por éstas la legislación de desarrollo y demás normatividad que tutele de manera efectiva los elementos subjetivos y objetivos de toda persona, grupo, organización y colectividad que interviene en la cadena del quehacer cultural con pleno apego al Derecho Internacional de los Derechos Culturales (DIDC), es decir, el marco jurídico internacional de donde emanan los más elevados estándares internacionales.²³

En este sentido, cabe resaltar dos instrumentos jurídicos internacionales. Uno parte del *soft law*²⁴, a saber, el instrumento relativo a la Recomendación de la UNESCO relativa a la Condición de Artista, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en 1980, cuyo objetivo es fortalecer las políticas y medidas para hacer frente a la situación profesional, social y económica de los artistas, lo que les permite trabajar, crear y organizarse con éxito en un entorno propicio, abordando cuestiones medulares tales como

²² Para mayor abundamiento de los fundamentos jurídicos-conceptuales en materia de Derecho Cultural que nos ocupan, véase la respuesta a la solicitud de información pública con número de folio 1116100035414 el INBA, donde aseveran no contar con una definición oficial de cultura, ni de Derecho Cultural, ni con asesores internos ni externos que tengan conocimiento sustentado en Derecho Cultural, así como tampoco con un censo de artistas óptimo para realizar estadísticas en cuanto a los apoyos otorgados.

²³ Léase la crítica a la Ley General de Cultura y Derechos Culturales en Flores Déleon, Erika. Introducción al Derecho Cultural, p. 73 y ss.

²⁴ Flores-Déleon, Erika. 2020. El Derecho Internacional de los Derechos Culturales. FIGURAS REVISTA ACADÉMICA DE INVESTIGACIÓN 2 (1). <https://doi.org/10.22201/fesa.figuras.2020.2.1.132>

También véase la aclaración en relación a la diferencia entre *soft law* y *hard law* en: Flores, E. Los derechos culturales en la Ciudad de México. 2º tomo Colección "Lecciones de Derecho Cultural". Atelier Libros Jurídicos – IDC Cultura Instituto Internacional del Derecho Cultural y Desarrollo Sustentable, España, 2018.

de formación, seguridad social, empleo y condiciones fiscales²⁵; en estrecho vínculo con la Convención UNESCO sobre la Promoción y Protección de la Diversidad de las Expresiones Culturales (parte del *hard law* del DIDC).

En efecto, la normatividad del INBAL está elaborada bajo parámetros estatistas contrarios al nuevo paradigma garantista, no cuenta con marcos teóricos, ni conceptuales y tampoco metodológicos, deja en manos de los gobernantes en turno la aplicación e interpretación de la Ley. Básicamente la Ley establece la forma de organización de la institución y la conformación de su patrimonio.²⁶

Asimismo, tampoco establece categóricamente qué elementos debe cumplir un artista para ser considerado como tal, ni tampoco tiene como atribución el establecer un padrón de todos los artistas que promueven las Bellas Artes en México en aras de que los estímulos promovidos sean estadísticamente contabilizados respecto del total. Además, no establece el régimen jurídico de las personas que se dedican al fomento de las Bellas Artes de manera independiente, ni tampoco el uso y disfrute de los espacios públicos, con ello existen violaciones sistemáticas al derecho de los artistas independientes a cobrar por los servicios culturales prestados en espacios públicos.

Tampoco especifica cuándo se deben aportar subsidios gubernamentales, el monto y a quiénes, por lo que las decisiones quedan al arbitrio de los gobernantes en turno. Asimismo, la Ley en comento no incluye la fotografía como una bella arte, ni tampoco la cinematografía. Ésta cuenta con legislación específica, empero, las demás Bellas Artes no.

Por otro lado, encontramos una vasta normatividad en materia de bibliotecas y la relativa al fomento del libro y la lectura, en

²⁵ *Cfr.* <http://es.unesco.org/creativity/monitoreo-e-informes/monitoreo-tematico/condicion-del>

²⁶ Los órganos desconcentrados se caracterizan por tener personalidad jurídica pero no patrimonio propio. Con la reforma legal para la creación de la Secretaría de Cultura el INBA cambia su naturaleza jurídica a un órgano desconcentrado de ésta, empero, sigue conservando el patrimonio propio, lo cual alude a otra inconsistencia en término de derecho administrativo.

cambio, no encontramos normatividad específica que fomente los instrumentos musicales ni la música de arte, por ejemplo; del mismo modo sucede en relación con las demás Bellas Artes, así como tampoco se cuenta con regulación del uso de las salas de concierto, de exposición, para las expresiones dancísticas o teatrales.

Como consecuencia podemos aseverar que la normatividad vigente que regula el derecho de las Bellas Artes en los Estados Unidos Mexicanos viola el principio de indivisibilidad de los derechos humanos, el cual establece que todos los derechos humanos gozan del mismo rango y jerarquía. Así, al regular unos derechos en detrimento de otros, se conculcan los derechos no regulados, subdesarrollados u obviados por los poderes públicos.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMEDACIONES

Como hemos mencionado, el Derecho Cultural es una nueva especialidad de la ciencia jurídica que tiene un objeto de estudio claramente definido, a saber, el quehacer cultural.

Estudiado bajo el enfoque de derechos humanos podemos concluir que los derechos culturales en general, las categorías esenciales que comprenden el sistema normativo cultural, así como el derecho de acceso a la cultura no están garantizados de manera efectiva en México.

Recomendamos la regulación del Derecho Cultural de manera sistémica a través de la aprobación de un Código de Derechos Culturales, la incorporación de un marco epistémico y metodológico, así como de parámetros garantistas que contribuyan a armonizar el Derecho Cultural en su conjunto en aras de dignificar a todas y cada una de las personas, grupos, organizaciones y colectividades que contribuyen con su quehacer al desarrollo cultural humano sin dejar a nadie atrás.

En lo concerniente a las Bellas Artes, es menester contar con un libro específico en el Código de Derechos Culturales dedicado a este núcleo esencial del derecho de la cultura que, como hemos ob-

servado, carece de terminología y mecanismos jurídicos garantistas que hagan reales y efectivos los derechos de la comunidad artística.

Asimismo, como hemos podido observar, el rol de las artes en el desarrollo integral del ser humano así como el estatus jurídico de los artistas no están reconocidos en el derecho doméstico cultural mexicano, los años venideros son años de grandes retos y transformaciones en este tenor.

La pandemia COVID-19 ha dotado de mayor relevancia la necesidad de ejercer plenamente los derechos culturales. En la actualidad gozamos de la valiosa presente oportunidad de dar voz, relevancia y visibilidad a los derechos culturales en general, así como al derechos de la cultura en particular, ya que de su pleno disfrute y ejercicio depende la consecución de la agenda internacional más ambiciosa jamás adoptada por la comunidad internacional, la Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible que tiene como fin transformar nuestro mundo.

VII. REFERENCIAS

- Ángulo, G. Teoría contemporánea de los derechos humanos. Elementos para una reconstrucción sistémica. Dykinson, España, 2015.
- Asuaga, C. El Derecho de la cultura como nueva especialidad jurídica, Un encuentro no casual: cultura, ciencias económicas y derecho. Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2009.
- Ávila, R. El derecho cultural en México: una propuesta académica para el proyecto político de la modernidad. Coordinación de humanidades, México, 2000.
- Becerra, M. La recepción del derecho internacional en el derecho interno. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012.

- Carbonell, M. La reforma constitucional de derechos humanos. Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013.
- Chapman, A; Russell, S. Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights. Intersentia. Amberes, 2002.
- Ferrajoli, L. La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político (trad. Perfecto Andrés Ibáñez). Trotta, España, 2014.
- Flores, E. Introducción al Derecho Cultural. 1er tomo Colección “Lecciones de Derecho Cultural”. Atelier Libros Jurídicos – IDC Cultura Instituto Internacional de Derecho Cultural y Desarrollo Sustentable, España, 2018.
- Flores, E. Los derechos culturales en la Ciudad de México. 2º tomo Colección “Lecciones de Derecho Cultural”. Atelier Libros Jurídicos – IDC Cultura Instituto Internacional del Derecho Cultural y Desarrollo Sustentable, España, 2018.
- Flores, E. Derecho Cultural: Un estudio comparado entre México, España, Argentina y Bolivia. 3º tomo Colección “Lecciones de Derecho Cultural”. Atelier Libros Jurídicos – IDC Cultura Instituto Internacional del Derecho Cultural y Desarrollo Sustentable, España, 2019.
- Flores, E. El nuevo paradigma constitucional de los derechos culturales. 4º tomo Colección “Lecciones de Derecho Cultural”. Atelier Libros Jurídicos – IDC Cultura Instituto Internacional del Derecho Cultural y Desarrollo Sustentable, España, 2019.
- Guastini, R. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. José María Lujambio, en Alexy, R., Barberis, M., et. al., Neoconstitucionalismo(s), Miguel Carbonell (Cuarta ed.), Trotta, España, 2003.

Meyer-Bisch, P. (ed.) *Les Droits Culturels, une Catégorie Sous-Développée de Droits de L'Homme*. Actes du VIII^e colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme. Editions Universitaires Fribourg, Suiza, 1993.

Symonides, J. *Human Rights, Concept and Standards*. UNESCO Publishing, Francia, 2000.

**EL ORIGEN DE LA RED IBEROAMERICANA DE
DEFENSORÍAS UNIVERSITARIAS (RIDDU):
LAS RAZONES Y CIRCUNSTANCIAS
DE UN NACIMIENTO**

Argimiro Rojo Salgado¹

**I. EL CONTEXTO GENERAL: EL AUGE Y EXPANSIÓN DE
LA FIGURA DEL OMBUDSPERSON EN EL ESCENARIO
INTERNACIONAL**

La institución del *ombudsperson* está presente en la actualidad en numerosos países del planeta, siendo su propósito principal reforzar el sistema de protección y garantía de los derechos y libertades fundamentales del ciudadano (Rowat, 1998). Dicha institución constituye, ciertamente, un verdadero signo y exigencia de los nuevos tiempos, en los que nuestras sociedades han de enfrentarse a un número cada vez más creciente de amenazas y agresiones en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales.

Coincidiendo en el tiempo con los distintos procesos y oleadas democráticas producidas en distintas regiones del mundo², la institución experimenta en las últimas décadas un extraordinario auge y difusión; una circunstancia que algunos autores han sabido poner de relieve convenientemente para hablar de un auténtico fenómeno de *ombudsmanía* a lo largo y ancho de todo el planeta. Tanto en el continente europeo, donde ya se puede constatar una implantación generalizada, como en países situados en latitudes tan diferentes como Nueva Zelanda, Filipinas, Australia, Estados Unidos, Canadá,

¹ Catedrático de Ciencia Política y ex Defensor Universitario de la Universidad de Vigo, España)

² Es de destacar, en este sentido, cómo los diversos procesos de transición a la democracia producidos –y por este orden– en Europa del Sur, Iberoamérica, Europa Central y del Este, los Balcanes, Asia y África, han ido acompañados, y casi siempre mediante la vía constitucional, de la instauración de la institución del *ombudsperson*.

Tanzania, Sudáfrica o Israel, la institución del *ombudsperson* constituye ya una realidad consolidada dentro del ordenamiento jurídico-político de los Estados democráticos. En el caso específico de Iberoamérica se han ido constituyendo las distintas Defensorías³ en el transcurso principalmente de los años ochenta y noventa del pasado siglo, coincidiendo con los procesos de democratización llevados a cabo en la región (Escobar Roca, 2008).

En este orden de cosas es preciso destacar que en algunos países también se ha ido implantando la figura del *ombudsperson* a nivel subnacional, permitiendo así que algunos Estados federados, Cantones, *Länder*, Regiones o Comunidades Autónomas dispongan de sus propias Defensorías, las cuales han mantenido o reproducido en la mayoría de los casos un modelo similar a las del nivel nacional en cuanto a la naturaleza, funcionamiento y funciones de la misma. También las Administraciones Locales han hecho uso de su potestad auto-organizativa, creando en algunos casos órganos que atienden y tramitan quejas de los ciudadanos contra actuaciones administrativas que vulneran los derechos e intereses legítimos de la ciudadanía.

Por último, y atendiendo a criterios de cercanía y especialización, hay que hacer referencia también a los *ombudsperson* llamados sectoriales o especializados, con naturaleza y atribuciones en muchos casos parecidas al *ombudsperson* clásico, aunque restringidas y limitadas a determinados colectivos de la sociedad (menores, tercera edad, consumidores, militares, comunidad universitaria, etc.). Pues bien, es en este contexto de auge y expansión de la figura del *ombudsperson* en el escenario internacional, junto con la aparición de los *ombudsperson* sectoriales o especializados, en el que debemos situar y explicar el nacimiento y rápida difusión de la figura de la

³ El término Defensoría, como equivalente al de *ombudsperson* o Defensor del Pueblo, es de uso habitual en el ámbito de América Latina.

Defensoría Universitaria. En la actualidad son muchos los países que cuentan con esta institución de garantía, especialmente en Europa y América.

Me gustaría destacar el hecho de que esta amplia y creciente variedad de modelos de *ombudsperson*, incluyendo a los de carácter sectorial, pone de manifiesto no sólo su prestigio y actualidad, sino también el proceso imparable de demanda y difusión del mismo en el seno de nuestras sociedades. Es verdad que algunos autores consideran que la excesiva proliferación de esta institución, tanto desde el punto de vista sectorial como territorial, puede acabar afectando a la credibilidad y eficacia de la misma, “al generar un confucionismo en la percepción del mismo y en la gestión de sus distintos ámbitos competenciales” (González-Ares, 2005: 93). En nuestra opinión, y dentro del respeto que se merecen opiniones de esta naturaleza, consideramos que esta proliferación y generalización de la figura del *ombudsperson* constituye, en realidad, una prueba inequívoca y categórica del éxito, necesidad y razón de ser de la misma; una institución, eso sí, a la que todos estamos obligados a prestigiar y consolidar a través de nuestras actuaciones responsables, evitando cualquier banalización o instrumentalización de la misma.

Inspirándose –como no podía ser de otra manera– en la figura del *ombudsperson* clásico, la Defensoría Universitaria constituye una institución de carácter interno encargada de la defensa de los derechos e intereses legítimos de los miembros integrantes de la comunidad universitaria. Una institución que no es incompatible ni suplanta a otros órganos o instancias tanto internas como externas a la Universidad, sino que complementa y potencia el funcionamiento del sistema en su conjunto a través de su aportación específica y especializada. Más que entorpecedor de la actividad administrativa, constituye esa conciencia crítica y ese factor de impulso y mejora a la hora de lograr unos servicios más eficaces, de más calidad y respetuosos con la dignidad y los derechos del administrado:

“El papel de las Defensorías de Derechos Universitarios dentro de las instituciones de educación superior es crucial para garantizar los derechos humanos y universitarios en las comunidades académicas (...), y en tal sentido su presencia y necesidad se hace evidente como condición necesaria para favorecer los procesos de respeto y dignificación de las comunidades escolares” (Sánchez Lárraga *et al.*, 2021: 11).

1. LOS DISTINTOS PROCESOS DE ASOCIACIONISMO DE LAS DEFENSORÍAS UNIVERSITARIAS

Siguiendo el ejemplo de otras categorías de *ombudsperson*, las Defensorías Universitarias de determinadas áreas continentales del mundo han emprendido en los últimos años diferentes procesos de asociación, tanto a nivel nacional como internacional, siguiendo para ello modelos y procedimientos variados. Dichos procesos han tenido como principal finalidad crear una serie de herramientas y plataformas que posibilitan la cooperación y el intercambio de información y conocimiento en todo lo relacionado con el desempeño de la profesión. A día de hoy, las experiencias más relevantes las encontramos en Europa y América; una circunstancia que, como luego destacaremos, de modo alguno debe pasar desapercibida a la hora de explicar y justificar el origen de la RI_{DDU}.

En el ámbito europeo viene funcionando desde hace más de dos décadas la *European Network for Ombuds in Higher Education (ENOHE)*. En cuanto red informal, está abierta a todos los defensores universitarios de Europa (sin excluir a los de otras regiones del planeta), siendo su objetivo principal compartir conocimientos y experiencias, fortalecer la institución y contribuir a una mejor gobernanza y calidad del sistema universitario en el conjunto de los países miembros. En los últimos años, y debido a la presión ejercida por los defensores universitarios pertenecientes a la Unión Europea, la

Red se ha propuesto tener una mayor incidencia en todo aquello que afecta al marco general del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES).

En Latinoamérica nos encontramos con la REDDU (Red de Organismos Defensores de los Derechos Universitarios) de México. Su origen data del año 2005, cuando se crea la Red de Defensores, Procuradores y Titulares de Organismos de Defensa de los Derechos Universitarios, integrada inicialmente por seis universidades mexicanas, a las que posteriormente se le han ido añadiendo otras más -también mexicanas- en calidad de asociados regulares.

Sus estatutos contemplan, además, las figuras de asociado honorario, asociado asimilado y observador, lo que permite formar parte de la misma a un número elevado de defensores universitarios de otros países, tanto de América como del resto del mundo. Esta circunstancia permite considerar a la REDDU, y pese a su origen y naturaleza básicamente nacional, como una organización también de carácter y proyección internacional.

Dentro de esta dinámica asociacionista también queremos hacer referencia a la creación en el año 2005 de la *International Ombudsman Association (IOA)*, la cual pretende agrupar a nivel global a la categoría del *Organizational Ombudsman*, presente en corporaciones, organizaciones sin ánimo de lucro, universidades, organizaciones no gubernamentales, etc. En la actualidad cuenta con más de 500 miembros, la inmensa mayoría de USA, país donde fue creada (siguiendo para ello el ejemplo de la *UCOA/University and College Ombuds Association*) y donde tiene su sede. La figura del *Organizational Ombudsman* podría considerarse como un caso más de *ombudsperson* sectorial, diferenciado claramente del modelo clásico y generalista, siendo definida como “*a designated neutral who is appointed or employed by an organization to facilitate the informal resolution of concerns of employees, managers, students...*”⁴.

⁴ <https://es-la.facebook.com/intlombudsassoc/>

Junto a estas experiencias asociativas de naturaleza y alcance transnacional o internacional, es preciso hacer mención también de ese otro asociacionismo interno, de ámbito nacional, que agrupa a las diferentes Defensores Universitarios de un país. Es el caso, por ejemplo, de la CEDU (Conferencia Estatal de Defensores Universitarios) de España; la REDEPEES (Rede de Provedores do Estudante do Ensino Superior) de Portugal; la *Vereniging Ombudsmannen Hoger Onderwijs (VOHO)* de los Países Bajos; la *Office of the Independent Adjudicator for Higher Education in England and Wales (OIA)* de Inglaterra y Gales; la *Netzwerk des Beschwerde- und Verbesserungsmanagements und des Ombudswesens (BeVeOm)* de Alemania; la REDU-PERÚ (Red Universitaria de Defensores del Perú); la ACCUO (*Association of Canadian College and University Ombudspersons*) de Canadá; o, por supuesto, a la REDDU de México, en los términos anteriormente señalados.

Contemplando estos procesos de asociacionismo de las Defensorías Universitarias que se estaban produciendo en distintas regiones y países del mundo, especialmente en América y en Europa, a nadie debería sorprenderle que a un grupo de defensores universitarios de ambos lados del Atlántico se les ocurriera plantearse la siguiente pregunta: ¿Por qué las Defensorías Universitarias –pertenecientes todas ellas a la Comunidad Iberoamericana de Naciones– tienen que ser la excepción a este proceso general e imparable de asociación, cooperación y trabajo en red, cuando, además, todas ellas comparten tantos valores, principios, legados culturales, así como similitudes en las problemáticas y desafíos a los que se enfrentan?

II. LAS CIRCUNSTANCIAS Y LAS RAZONES QUE DETERMINARON LA CREACIÓN DE LA REDDU

1. LOS ANTECEDENTES

La información de que disponemos a día de hoy nos permite afirmar que, una de las primeras manifestaciones efectuadas en favor de la idea de establecer algún tipo de asociación entre las Defensorías Universitarias iberoamericanas, tuvo lugar en el transcurso de la VIII Sesión Ordinaria de la Red de Defensores, Procuradores y Titulares de Organismos de Defensa de los Derechos Universitarios (REDDU), celebrada en la ciudad de México el año 2011; la iniciativa fue planteada por Pepe Palazón, a la sazón Defensor Universitario de la Universidad de Murcia (España). En los años posteriores nuestro distinguido colega siguió insistiendo en la misma idea, aprovechando para ello su presencia en distintos eventos y escenarios:

“La idea de crear un ámbito específico de encuentro para los defensores iberoamericanos la estuve compartiendo con algunos colegas durante mi segunda participación en una reunión de REDDU, celebrada en 2011 en las instalaciones de la UNAM. Se trataba de aprovechar las relaciones entabladas en el seno de REDDU para crear un espacio no vinculado a ningún país y dónde se pudiesen integrar las Defensorías Universitarias de los diferentes países iberoamericanos, sin necesidad de asociarse la REDDU mexicana. Esa misma idea la expuse, un mes después, en la IV Asamblea General de CEDU en 2011, en Cartagena (España). Posteriormente, he vuelto a insistir en esa idea en la reunión de Zacatecas (2013) y en conversaciones, en 2014, con el Secretario General y con el Presidente de REDDU”⁵.

⁵ DOI: <http://dx.doi.org/10.25267/Rueda.2015.12>.

Este testimonio nos permite situar el punto de partida y ese primer precedente en todo este proceso conducente a la creación de nuestra Red. Pero, afortunadamente, la idea de nuestro querido colega de Murcia era compartida por otros defensores, los cuales también supieron aprovechar esas estructuras de oportunidad –algunas veces, incluso, los mismos escenarios– para seguir exponiéndola y argumentándola. Ese fue mi caso, puesto que en el transcurso de la IX Sesión Ordinaria y VI Extraordinaria de la REDDU, celebrada en la ciudad de Cuernavaca (México) los días 17 y 18 de octubre de 2012, presenté formalmente la propuesta de iniciar un proceso encaminado a explorar la posibilidad de crear una red mundial de Defensorías Universitarias, así como una asociación específica dentro del espacio iberoamericano de naciones.

Es preciso reconocer que, en aquel momento, la REDDU constituía el mejor escenario y plataforma para lanzar al mundo y a la comunidad iberoamericana dicha propuesta, debido a su gran prestigio, poder de convocatoria y proyección internacional. Tras ser debatida y aprobada la propuesta en la sesión de clausura, yo mismo me comprometí a asumir una función dinamizadora de dicho proceso.

En la exposición de motivos hacía referencia a la necesidad de prestar atención a los signos de los nuevos tiempos y percatarnos de la necesidad de que, “en un mundo globalizado e interdependiente, y en el que están en marcha procesos imparables de integración en todos los ámbitos, resultaba totalmente coherente, útil y necesario que las Defensorías ‘Universitarias’ pusiéramos en práctica esta dimensión abierta, universal y universalizante que, por definición y por vocación, tanto nos caracteriza. Juntos y trabajando en red podemos hacerlo mejor”. Mi intervención finalizaba formulando la siguiente pregunta:

“¿Por qué los defensores universitarios no trabajamos un poco más el tema relativo a nuestras relaciones con las distintas Defensorías existentes, tanto a nivel nacional como internacional, lo que

permitiría intercambiar información y potenciar y difundir nuestra institución, así como sus funciones? ¿Y, en este sentido, por qué no formalizamos y practicamos unas relaciones estables y fluidas con: a) los demás defensores universitarios existentes en el mundo (Europa, América...), creando o mejorando organizaciones y redes tanto de ámbito regional como global; b) los defensores de nuestras regiones, Estados y, en el caso europeo, con el propio Defensor del Pueblo Europeo, incorporándonos a la Red de Defensores Europeos; c) los otros defensores de ámbito y naturaleza sectorial, a través incluso de algún convenio” (Rojo Salgado, 2013: 76).

La idea del asociacionismo de las Defensorías Universitarias, en todas sus dimensiones, escalas y tipologías, constituía ya entonces una inquietud y opción personal que ha tenido continuidad en los años posteriores. Ello explica que en mi condición de defensor universitario aprovechara siempre mi presencia en distintos foros, tanto nacionales como internacionales (REDDU o ENOHE), para seguir reivindicando dicha causa. Así, por ejemplo, en la reunión de la Comisión Ejecutiva de la CEDU, celebrada en la ciudad de Granada (España) en febrero de 2013 presenté un “Informe relativo a las Relaciones de la CEDU en el ámbito nacional e internacional”, en el que, entre otras apuestas, hacía una referencia explícita a la red iberoamericana.

En abril de ese mismo año, en la *10th Annual ENOHE Conference*, celebrada en la ciudad de Oxford (UK), en donde participé en calidad de *speaker and delegate*, volví a formular de manera clara y explícita mi idea favorable al asociacionismo, tanto a nivel europeo como mundial:

“Victor Hugo once said there is nothing more powerful than an idea whose time has come, so I pose the question: Has the time come for all university ombudsmen across the globe to become associated, in accordance with an ever increasing globalized and interdependent world?”

Working together in a network will allow us to access and exchange data, raise benchmarks and best practices, and in turn strengthen the institution of the university ombudsman. Furthermore, we can become key players with a global reach capable of influencing decision-making vital for higher education, and society as a whole. Bearing in mind the characteristics and dynamics of the international community, the costs of failing to associate and coordinate university ombudsmen are inadmissible and detrimental to both universities and communities worldwide, and we cannot ignore that we are accountable to future generations who rely on the judgements of today.

Thus, our task is to implement global organizations, associations, networks, and forums for ombudsmen to exploit and profit from the synergies generated by ombudsmen across the world. A global achievement compatible with a sustainable fusion of regional, national, local or sector-specific organizations” (Rojo Salgado, 2013: 12).

Como consecuencia de estas y otras actuaciones, la idea de crear algún tipo de asociación entre los defensores universitarios iberoamericanos fue poco a poco abriéndose paso y ganando adeptos. Por parte española cabe destacar cómo los sucesivos gobiernos de la CEDU, liderados por Joana Petrus y Pepe Palazón, fueron sensibles en todo momento a esta cuestión, convirtiéndola en uno de sus puntos programáticos a lo largo de esos años.

Una prueba de ello la encontramos en el hecho de que la Comisión Ejecutiva de la CEDU, reunida en Palma de Mallorca en diciembre de 2013 y presidida por Joana Petrus, abordó la cuestión relativa a las relaciones con los defensores universitarios del ámbito iberoamericano. Allí se acordó, además, que a la hora de iniciar y llevar a cabo dicho proceso de asociación se contase con la REDDU mexicana, entre otras razones por su amplia proyección y liderazgo dentro del espacio iberoamericano, al constatar que en aquellos momentos formaban parte de la misma, en calidad de socios hon-

orarios, 15 defensores españoles y otros más de Panamá, Honduras, El Salvador, Perú, Colombia o Brasil. Todos teníamos claro que se trataba de una empresa conjunta en la que tanto la REDDU como la CEDU debían jugar un papel decisivo, tal como lo explica Pepe Palazón:

“La iniciativa para la creación de una Red Iberoamericana no debe ser, en mi opinión, una iniciativa europea o americana, sino una iniciativa conjunta impulsada simultáneamente desde las dos orillas del océano que nos une o que nos separa. Por eso, CEDU y REDDU, que son las redes más antiguas en el ámbito iberoamericano y que tienen como socias a las primeras universidades en crear Defensorías, estamos manteniendo conversaciones de cara a impulsar conjuntamente ese proyecto”⁶.

La misma Comisión Ejecutiva, con el propósito de dar un nuevo impulso al proyecto de la Red, acordó organizar una Mesa Redonda dentro de la programación general del Congreso/Encuentro anual de la CEDU a celebrar en Badajoz (España) el mes de octubre de 2014; el título elegido era el siguiente: “Las Defensorías Universitarias en el ámbito iberoamericano: situación actual y proyectos de colaboración”. En dicha sesión participaron como ponentes el entonces Presidente de la REDDU y Procurador de los Derechos Académicos de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (Lic. Jorge Arturo García Rubí), la Defensora de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Dra. Catalina Romero Cevallos de Iguñiz) y la Ouvidora Geral de la Universidade Federal de Rio de Janeiro (Dra. Cristina Ayoub Riche⁷). Una de las conclusiones principales

⁶ (DOI: <http://dx.doi.org/10.25267/Rueda.2015.12>).

⁷ Al no poder estar presente físicamente, su ponencia fue leída por el moderador de dicha sesión, Pepe Palazón (DOI: <http://dx.doi.org/10.25267/Rueda.2015.12>).

de aquella reunión fue la de constatar “la coincidencia de todos los participantes en la conveniencia de apostar por la creación de una Red Iberoamericana de Defensores Universitarios”⁸.

2.2 EL PROCESO CONSTITUYENTE

Tras las actuaciones y hechos secuenciales, referenciados en las páginas anteriores, se tenía la sensación de que la hora de proceder a la creación de la Red había llegado. Considerábamos que ya se daban las circunstancias y condiciones suficientes para abrir el proceso. Y ello sucedió el 3 de junio de 2015, cuando en el transcurso de unas Jornadas Técnicas de Trabajo celebradas en la Universidad Politécnica de Madrid entre representantes de la CEDU y de la REDDU, acordamos iniciar formalmente un proceso conjunto conducente a la creación de una Red Iberoamericana de Defensorías Universitarias. El documento que formalizó la iniciación de dicho proceso lleva por título “Acuerdo de Colaboración para la Creación de la Red Iberoamericana de Defensorías Universitarias”, y fue firmado por los presidentes de la CEDU (Dra. Joana María Petrus Bey) y de la REDDU (Lic. Jorge Arturo García Rubí).

Aquí se inicia formal y oficialmente el proceso constituyente, en el que de manera bien patente y palmaria queda demostrada la confluencia de las dos grandes redes universitarias iberoamericanas de aquellos años (CEDU/ REDDU) para aunar sus fortalezas y voluntades en la prosecución de un objetivo compartido. Desde ese momento se empezó a trabajar de manera conjunta y perseverante, tratando de integrar en la iniciativa a las Defensorías Universitarias de los diferentes países del ámbito iberoamericano.

En un primer momento no resultó fácil convencer e incorporar a dicha iniciativa al resto de nuestros colegas, y hubo que hacer frente a diversas dificultades (desde la indiferencia, la desconfianza y el

⁸ (DOI: <http://dx.doi.org/10.25267/Rueda.2015.12>).

escepticismo hasta el rechazo explícito). Era el momento de echar mano de todos los medios a nuestro alcance para contrarrestar los muchos obstáculos que se interponían y seguir avanzando paciente y perseverantemente en el camino emprendido. En esas circunstancias yo mismo volví a pronunciarme públicamente sobre esta misma cuestión en un artículo aparecido en la revista *Rueda* el año 2016; mi propósito primordial era contribuir a impulsar, alentar explicar y motivar el proceso iniciado en 2015 en Madrid:

“Considerando que la iniciativa lanzada hace un año de crear la RIDU no fue consecuencia de una improvisación o capricho, sino que se sustentaba en una serie de motivos y consideraciones muy razonables (algunas de las cuales hemos tratado de destacar en este escrito), ahora sólo queda dar cumplimiento a dicha iniciativa. En otras palabras, ha transcurrido ya el tiempo suficiente para que la Red Iberoamericana de Defensorías Universitarias inicie su andadura” (Rojo Salgado, 2016: 148).

A fin de dar continuidad al proceso iniciado y coordinar las distintas actuaciones en curso, se creó en el año 2017 una Comisión de Coordinación y Seguimiento integrada por titulares de Defensorías y Ouvidorías de distintos países. Dicha comisión estuvo integrada por los siguientes miembros: José Acevedo Acosta (Universidad de Aguascalientes, México), Liliana Aguiar de Zapiola (Universidad de Córdoba, Argentina), Wilfredo Jesús Ardito Vega (Universidad Católica del Perú), Cristina Ayoub Riche (Universidad Federal de Rio de Janeiro, Brasil), Ángel Cobo Ortega (Universidad de Cantabria, España), Claudia María Melgar de Zambrana (Universidad de El Salvador), José Manuel Palazón Espinosa (Universidad de Murcia, España), Hilda Eugenia Ramos Reyes (Universidad de Aguascalientes, México), Argimiro Rojo Salgado (Universidad de Vigo, España) y Carlos Santibáñez (Universidad Católica del Perú).

Estas fueron las personas que en esa etapa crucial del proceso constituyente asumieron la responsabilidad de llevar a buen puerto la travesía emprendida. Ellos hicieron posible la creación de nues-

tra Red y a todos ellos les corresponde, por consiguiente, el mérito de haber creído en el proyecto RIdDU, haber sabido explicar la conveniencia y oportunidad del mismo y haber tenido el acierto y la dedicación necesaria a la hora de conducir todo el proceso fundacional y constituyente.

Esta Comisión, y tras superar una primera etapa exploratoria y de maduración, decidió convocar a todas las Defensorías Universitarias iberoamericanas a una reunión o encuentro con una doble finalidad. Por una parte, presentar y debatir diversas ponencias relativas a temáticas de interés general para las Defensorías, y, por otra parte, proceder a formalizar la creación de la Red. La Comisión decidió que dicho evento se celebrase en septiembre de 2018 en la ciudad argentina de Córdoba, debido a que ese mismo año se conmemoraba allí el Primer Centenario de la “Reforma Universitaria”, un hecho que tuvo una importante repercusión en el ámbito de los derechos humanos y universitarios en toda Latinoamérica. Se tuvo en cuenta, para ello, el ofrecimiento hecho por la titular de la Defensoría Universitaria de dicha Universidad, Liliana Aguiar.

El Primer Encuentro o Congreso Fundacional de la Red Iberoamericana de Defensorías Universitarias fue convocado para los días 12, 13 y 14 de septiembre de 2018, “con el objeto de organizar y dar comienzo a la nueva Red, aprobar sus Estatutos y compartir experiencias y conocimientos entre nuestras instituciones”. En Córdoba coincidimos más de medio centenar de responsables de Defensorías Universitarias de distintos países iberoamericanos (México, El Salvador, Costa Rica, Panamá, Colombia, Perú, Brasil, Argentina, Chile, España y Portugal). Allí, y habiendo dedicado los dos primeros días al análisis y discusión de las ponencias presentadas, conseguimos que al tercer día del Encuentro la RIdDU viese

la luz y echase a andar, al aprobarse sus Estatutos, formalizarse el Acta fundacional y elegir a su primer gobierno (la Comisión Ejecutiva, presidida por el Coordinador)⁹.

2.3 EL POR QUÉ Y EL PARA QUÉ DE LA RIDDU: LAS RAZONES Y OBJETIVOS QUE AVALAN UNA DECISIÓN

En el documento que formalizó el “Acuerdo de Colaboración para la Creación de la RIDDU”, firmado en Madrid el 3 de junio de 2015, se insiste en la idea de que el motivo principal para impulsar de manera conjunta la creación de la RIDDU era “constituir un foro y una plataforma permanente de intercambio de experiencias, colaboración, difusión y fortalecimiento de las Defensorías Universitarias dentro del espacio iberoamericano, así como impulsar la reflexión, el debate y las buenas prácticas sobre temas de interés común”.

Todos los que participamos en la redacción del documento aprobado en Madrid coincidíamos en la idea de una Red que nos facilitara una rápida y ágil transferencia de información y consultas relacionadas con la temática propia de las Defensorías Universitarias. Un espacio de intercambio de ideas y experiencias, de reflexión y de encuentro que nos permitieran conocer mejor las distintas –y muchas veces también coincidentes– realidades y problemáticas de las Defensorías Universitarias en los distintos países de Iberoamérica, y que nos sirviera como instrumento y recurso para ser mejores en nuestra labor de defensores. Una red que nos posibilitara, también, fortalecer y expandir la institución dentro del espacio iberoamericano.

⁹ En esta breve evocación merecen una mención especial tanto Liliana Aguiar como sus colaboradores. Ellos se ofrecieron para ser la sede del Congreso Fundacional de la RIDDU y ellos desarrollaron una excelente labor en la organización y desarrollo de todo el evento.

Como tan acertadamente señaló el Maestro José Acevedo en el transcurso de una de las reuniones que precedieron a la creación de la Red, las Defensorías constituyen un gran avance democrático y académico para nuestras instituciones universitarias, y representan al mismo tiempo “una figura ética y académica imprescindible para elevar el ideal de respeto y responsabilidad por las libertades y derechos de la comunidad universitaria...”. En concordancia con estos supuestos y consideraciones, nuestro colega mexicano concluye afirmando que “a los defensores/as nos corresponde aspirar a formas de organización y de colaboración que beneficien a la función misma y a la comunidad académica que representamos”¹⁰ (lo subrayado es mío).

Junto con estas finalidades y objetivos señalados, es preciso destacar que a la hora de fundamentar la iniciativa conducente a la creación de la Red concurrían otras razones y motivos en modo alguno desdeñables. En primer lugar, todos éramos conscientes de que el contexto social actual es cada vez más complejo, globalizado e interdependiente, y presenta una problemática y unas agendas con grandes similitudes a nivel internacional. Unas sociedades así demandan una gestión cada vez más global y transnacional, nos exigen actuar de manera cooperativa y coordinada, unirnos y asociarnos más allá de los propios límites nacionales e incluso continentales. La dinámica general de la Humanidad y del Planeta avanza en esa dirección: la de la mundialización, cosmopolitización, globalización, asociación, conectividad, interacción e integración. Lo hacen los Estados, las naciones, los continentes, las regiones, las corporaciones, las entidades culturales, deportivas, humanitarias, científicas, educativas, etc.

¹⁰ Ponencia presentada por el Maestro José Acevedo Acosta (a la sazón Defensor de la UAA y presidente de la REDDU) en la reunión conjunta del G9/ Comisión Coordinadores RIdDU, celebrada en la Universidad de Cantabria (Santander, España) los días 27 y 28 de junio de 2016.

Además —y este es nuestro elemento, rasgo y signo distintivo—, formamos parte de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, que comparte intereses, legados culturales, valores y principios fundamentados en la vigencia de los derechos humanos; una Comunidad que, en base a todo ello, ha sido capaz de crear múltiples vínculos y solidaridades de hecho en las últimas décadas. Todo ello queda reflejado en un amplio conglomerado de organismos, agencias, redes o foros existentes, que tienen como principal objetivo institucionalizar la cooperación en diversos ámbitos de la política, la economía, la cultura, la sanidad, la ciencia, la educación, la universidad, etc. La creación de la RIIdDU constituye una manifestación más de esa voluntad y necesidad de cooperación entre los miembros de esta Comunidad de Naciones, tanto en lo referente a la defensa de los derechos humanos y universitarios como en otros ámbitos relacionados con la calidad y la excelencia de nuestros sistemas universitarios.

Conviene recordar, en este orden de cosas, que la RIIdDU no constituye la única manifestación de esa idea de cooperación iberoamericana en el ámbito de los derechos humanos y del sistema universitario, tal como demuestra la existencia de otras asociaciones o redes similares que se han ido creando en los últimos años o décadas. Es el caso, por ejemplo, del Instituto Latinoamericano de Ombudsman-Defensorías del Pueblo (ILO), la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO), la Asociación Universitaria Iberoamericana de Postgrado (AUIP), la Asociación Iberoamericana de Educación Superior a Distancia (AIESAD) o la Red Iberoamericana de Derecho Universitario (RIDU).

El Instituto Latinoamericano del Ombudsman-Defensorías del Pueblo (ILO) se creó en 1984 con el objetivo principal de promover la instauración de la figura del *ombudsperson* en toda América Latina y contribuir, así, a la consolidación de los procesos democráticos y el respeto de los derechos humanos. Ello ocurre, precisamente, en una época en la que muchos países de la región, sometidos a

regímenes autoritarios o dictatoriales en algunos casos, sufrían las consecuencias de la falta de libertades democráticas y de las garantías de los derechos humanos. En la actualidad, la ILO sigue contribuyendo al estudio, fortalecimiento, propagación y asociación de las distintas categorías de Defensorías -incluyendo las de ámbito universitario- en toda el área latinoamericana.

Con posterioridad a la ILO se creó en 1995 la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO), la cual está integrada por los Defensores del Pueblo, tanto de ámbito nacional como subnacional, de los países de América Latina, España, Portugal y Andorra. Entre sus objetivos principales cabe destacar el de “ser un foro para la cooperación, el intercambio de experiencias y la promoción, difusión y fortalecimiento de la institución del *ombudsman* en las regiones geográficas de su jurisdicción”; “estrechar los lazos de cooperación entre los *ombudsmen* de Iberoamérica”; “fomentar, ampliar y fortalecer la cultura de los derechos humanos en los países miembros”; “apoyar la promoción del *ombudsman* en los países de la región que no cuenten con esta institución y promover su fortalecimiento donde ya existe”; “promover estudios e investigaciones sobre aspectos de su competencia, con la finalidad de apoyar el Estado de Derecho, el régimen democrático y la convivencia pacífica de los pueblos”¹¹. No puedo ocultar mi satisfacción al comprobar que algunos de estos objetivos o funciones son compartidos por la propia RIIdDU, al ser incluidos y convenientemente definidos en sus Estatutos.

Otra de las razones que también influyó decisivamente hace referencia al hecho de enfrentarnos a problemas y desafíos comunes y constatar, además, la existencia de grandes similitudes entre nuestras Defensorías Universitarias, lo que permite reconocernos y sentirnos identificados cuando nos relacionamos e interactuamos con los demás colegas iberoamericanos. Por último, y tal como ya se ha señalado anteriormente, otra de las razones que estuvo muy

¹¹ Vid. artículo 7 de los nuevos Estatutos de la FIO, aprobados el 21/11/2008.

presente en el momento de concebir la Red estaba relacionada con los procesos generalizados de asociacionismo de las Defensorías Universitarias acaecidos en las últimas décadas, tanto a nivel nacional como internacional (CEDU, REDDU, ACCUO, ENOHE, etc.).

Así pues, considerando que en la actualidad las Defensorías Universitarias están ya presentes en muchas regiones y países del mundo; considerando que dichas Defensorías, y a imitación de los *ombudsperson* clásicos y generalistas, ya han conseguido cierto grado de asociacionismo e integración tanto a nivel nacional como regional-continental; considerando que dicha voluntad asociacionista obedece a la necesidad de crear plataformas estables capaces de agrupar a los distintos *ombudsperson* existentes y asegurar así su coordinación, intercambio de experiencias y conocimientos y reforzamiento general de la institución; considerando que en el contexto de un mundo globalizado e interdependiente, y en el que están en marcha procesos imparables de integración continental y mundial en todos los ámbitos, resulta totalmente coherente y acorde con los nuevos tiempos que las Defensorías Universitarias acuerden dar el salto hacia lo global e internacional, y pongan en práctica algún tipo de organización, asociación, red o foro. Juntos, y trabajando en red, podemos tener más conocimiento e información, podemos desempeñar mejor nuestra función y también seremos más fuertes. En estos momentos, y teniendo en cuenta las características y dinámicas de la sociedad internacional, los costes de la no asociación y coordinación cada vez serán mayores.

Tras efectuar todas estas consideraciones, y tras poner sobre la mesa todo este cúmulo de razones, hechos y circunstancias favorables al proyecto RIdDU, nos formulamos una pregunta: ¿Por qué las Defensorías Universitarias tienen que ser la excepción a este proceso general e imparable de asociación, cooperación y trabajo en red, cuando, además, formamos parte de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, que comparte intereses, legados culturales, valores y

principios fundamentados en la vigencia de los derechos humanos y que, en base a todo ello, ha sido capaz de crear múltiples vínculos y solidaridades de hecho dentro del espacio iberoamericano?

Estos fueron algunos de los motivos y argumentos invocados en esa etapa fundacional para justificar y fundamentar el proyecto RIdDU. Lo fueron entonces y lo siguen siendo ahora, lo que otorga a nuestra Red pleno sentido y razón de ser. Ahora bien, si nuestra Red tiene sentido y razón de ser con sólo considerar el porqué de su creación, cuando analizamos el para qué, esto es, las funciones y tareas asignadas, entonces ese sentido y razón de ser se refuerzan en grado máximo. En efecto, lo que nos distingue y nos singulariza como RIdDU, nuestra principal fortaleza y carta de presentación y, en definitiva, lo que debe orientar todas nuestras actuaciones lo hemos definido y acordado libremente en nuestro Congreso Constituyente de Córdoba; y lo hemos plasmado con la suficiente claridad, precisión y amplitud en el Capítulo II, artículo 5 de nuestros Estatutos, donde se identifican y definen los fines, tareas y funciones específicas de la Red:

- Constituirnos en un foro estable que permita el trabajo en red, la transferencia y el intercambio de conocimiento, información y experiencias relacionadas con las Defensorías Universitarias (DU).
- Velar por el respeto y el avance de los derechos humanos y universitarios.
- Contribuir a la mejora de la calidad universitaria en todos sus ámbitos.
- Fomentar la igualdad de género y combatir cualquier tipo de discriminación en las universidades.
- Defender la autonomía universitaria como condición necesaria para la consecución adecuada de sus fines.
- Promover la creación, fortalecimiento y expansión de las DU dentro del espacio iberoamericano.
- Promover estudios conjuntos, informes y recomendaciones relacionadas con la naturaleza y las funciones atribuidas a las DU.

- Alentar el estudio y la investigación de la identidad iberoamericana como fundamento y origen de la RIdDU.
- Promover la celebración de encuentros y eventos.
- Fomentar una eficaz cooperación con los responsables de las políticas públicas universitarias.
- Promover la participación en organismos, redes e iniciativas de naturaleza afin.
- Consolidarse como actor de alcance y relevancia regional y global, capaz de influir en procesos y toma de decisiones que afecten al ámbito de la educación superior.

Nuestras principales fortalezas como asociación las encontramos, precisamente, en las funciones y tareas que nos hemos fijado, y es ahí donde debemos centrar nuestra actuación estratégica futura. Si a los motivos y razones identificadas en el epígrafe anterior, que nos permitían conocer el porqué de nuestra Red, sumamos ahora estas funciones encomendadas, el para qué, habremos conseguido disipar cualquier duda acerca de la razón de ser, congruencia, oportunidad, conveniencia y futuro de la RIdDU.

III. CONCLUSIÓN

Estos son nuestros orígenes, este es el punto de partida y estas son algunas de las circunstancias, motivos, razones e ideas que nos movieron y lanzaron a esta aventura. Todo ello demuestra que el proyecto RIdDU fue discutido, contrastado, razonado y argumentado, y contó, además, con esa necesaria dosis de utopía y visión de futuro. Fue el resultado de una acción conjunta, meditada, racional, reflexiva y motivada, y no el producto de un capricho, una ocurrencia, una improvisación o un exceso de utopía y ensoñación.

Tampoco se puede ocultar que hubo momentos de desaliento y zozobra, debido principalmente al rechazo, la incompreensión y el escepticismo inicial. Frente a eso hubo que poner en práctica algunas de las virtudes teologales, como la fe y la esperanza, com-

plementándolas con la perseverancia, la tenacidad y la determinación. Ojalá que el relato de todos estos hechos haya contribuido a clarificar esta apasionante y exitosa historia de la Comunidad Iberoamericana de Defensorías Universitarias en la que, además, tuve el honor de participar activamente.

VI. REFERENCIAS

- Carmona y Choussat, J.F.: *El defensor del pueblo europeo*, INAP, Madrid, 2000.
- Escobar Roca, G. (Dir.): *Defensorías del Pueblo en Iberoamérica*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2008.
- González-Ares, José A.: *El Valedor do Pobo. Del ombudsman sueco al comisionado parlamentario gallego*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Mora, A.: *El libro del Defensor del Pueblo*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2003.
- Rojo Salgado, A.: “Una aproximación a la institución del Defensor Universitario: el caso español”, en Jorge Ulises Carmona (coord.) *La vinculación entre los derechos humanos y los derechos universitarios*, UNAM, México, D.F., 2013, pp.: 51-79.
- Rojo Salgado, A.: *Reflections and Proposals on creating a Worldwide Network of University Ombudsmen*, ENOHE News, Austrian Student Ombudsman/ENOHE, Viena, 2013, pp.: 7-12.
- Rojo Salgado, A.: “Reflexiones y propuestas relativas al asociacionismo de las Defensorías Universitarias: el caso de la Red Iberoamericana de Defensorías Universitarias (RIDU)”, en *Rued@, Revista Universidad, Ética y Derechos*, núm. 1, 2016, pp.: 138-150.
- Rowat, Donald C.: *El ombudsman*, F.C.E., México, D.F., 1998.

Sanchez Lárraga, F., Navarro Sanchez, U.Q. y Enríquez Grimaldo, A.L. (2021): *El Ombudsperson universitario: análisis histórico y normativo de las Defensorías de los Derechos Universitarios*, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, A.C./Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Aguascalientes-San Luis Potosí (México).

EL SISTEMA DE SALUD MEXICANO. RETOS ANTE LA PANDEMIA POR COVID-19

ERIKA LOZANO OROZCO
JOSÉ NABOR CRUZ MARCELO

I. JUSTIFICACIÓN

Sin lugar a duda el sistema de salud de nuestro país y del resto del mundo se ha puesto a prueba ante la aparición de la pandemia por Covid-19. Desde su aparición a finales de 2019 en Wuhan y su propagación mundial en el primer trimestre del 2020, los países han adoptado las directrices técnicas publicadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), adecuándolas a su contexto local, las situaciones y capacidades específicas. La aparición de la pandemia ha transformado significativamente la dinámica social, comercial e industrial y ha puesto al sector salud como el principal objetivo de la política pública; por lo cual es importante hacer un análisis de las acciones que el gobierno ha tomado para detener su propagación, y así aprender de esta experiencia tanto en los aspectos positivos como negativos. Este capítulo tiene como objetivo analizar brevemente las características previas a la pandemia de nuestro sistema de salud, el contexto demográfico, las condiciones de comorbilidad y mortalidad de la población; las medidas adoptadas para mantener operando el servicio y para detener la propagación de la pandemia; y finalmente, la política de vacunación, donde es importante señalar que estas dos estrategias tienen como objetivo, directa e indirectamente, mantener el ejercicio del derecho a la salud de la población mexicana y que además, han involucrado la coordinación interinstitucional de los diversos entes gubernamentales del sector salud así como del propio ejecutivo federal.

II. CONCEPCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el derecho a la salud se contempla en diversos artículos que componen una visión integral del mismo. En el artículo 4° se estipula que “toda persona tiene derecho a la protección de la salud”, y también se indica que es la Ley la que definirá las bases para el acceso a servicios de salud y determinará un sistema de salud para el bienestar, el cual deberá garantizar de forma progresiva, cuantitativa y cualitativa los servicios de salud integrales y gratuitos para todas aquellas personas que no cuenten con seguridad social.

Del artículo 4° constitucional se deriva la creación de la Ley General de Salud, reformada el primero de junio de 2021, que reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona. En ella la salud es entendida como un “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”¹. En sus disposiciones generales² se prevé que todas las personas que se encuentren dentro del país y que no tengan seguridad social, tienen derecho a acceder a servicios públicos de salud, medicamentos y todos los demás insumos que se deriven de ello. La protección a la salud debe ser garantizada por el Estado, con criterios de universalidad e igualdad, y se deberán generar las condiciones necesarias para que un acceso gratuito, progresivo, efectivo, oportuno, de calidad y sin discriminación a todos los servicios médicos que sean requeridos para satisfacer las necesidades de salud en todas sus dimensiones. Para sumar a esta idea, el artículo 77 bis 37 párrafo I indica que el nivel de ingreso o la carencia de éste no puede ser criterio para limitar el acceso a los servicios de salud. Por último, el artículo 53 indica que la Secretaría de Salud

¹ Artículo 1° Bis

² Artículo 71 bis 1

(SSa) y los gobiernos de las entidades federativas establecerán los procedimientos que regulen las diferentes formas de acceso a los servicios de salud públicos para la población en general, así como los servicios sociales y privados.

Para el caso de la Ley General de Desarrollo Social, el artículo 6 reconoce a la salud como uno de los derechos para el desarrollo social, junto con la educación, la alimentación nutritiva y de calidad, la vivienda digna y decorosa, el disfrute de un medio ambiente sano, el trabajo y la seguridad social, además de los relativos a la no discriminación según se dispone en la Constitución. La salud figura como uno de los aspectos que se debe prever en la Política Nacional de Desarrollo Social para la superación de la pobreza, según el artículo 14. Por último, en lo que compete a la definición, identificación y medición de la pobreza que toca al Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), el “acceso a los servicios de salud” figura como uno de los indicadores necesarios e indispensables para superar la pobreza según el artículo 36.

Finalmente, CONEVAL³ señala que el concepto de accesibilidad implica la falta de obstáculos para el acceso a los servicios de salud, ya sean de tipo físico, económico o de información. La accesibilidad física entendida es localización geográfica de acceso razonable o por medio de tecnología a los servicios de salud. La accesibilidad económica se refiere a la capacidad de pago para obtener los bienes y servicios de salud, así como de los medios para conseguirlos ya sean públicos o privados, sin que los costos sean impedimento para obtener los beneficios del sistema de salud y se mantenga la continuidad del servicio con la misma oportunidad, suficiencia y calidad entre las regiones. Por último, el acceso a la información se refiere

³ CONEVAL. (2014). *Indicadores de acceso y uso efectivo de los servicios de salud de afiliados al Seguro Popular*. Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Informes/Evaluacion/Impacto/ Acceso y Uso Efectivo.pdf>

a medios que facilitan el acceso a la información sobre las acciones de prevención, promoción y condición de salud de una persona o conjunto de personas⁴.

III. CONTEXTO DEMOGRÁFICO DE MÉXICO

Conforme al Censo Nacional de Vivienda de 2020 (Censo 2020), México cuenta con 126.0 millones de habitantes, mujeres (51.2%) y hombres (48.8%). La tendencia demográfica del país se caracteriza por una tasa de mortalidad general en descenso, ya que pasó de 27 defunciones por cada 1000 habitantes en 1930 a 5.9 por cada 1000 en 2019⁵), un incremento en la esperanza de vida (de 34 años en 1930 a 75.1 años en 2019⁶) y una disminución de la fecundidad (de siete hijos por mujer en edad reproductiva en los años sesenta a 2.1 hijos por mujer en 2020⁷). Estos tres fenómenos son conocidos como la inercia del envejecimiento de la población⁸, ya que la tasa de crecimiento de población adulta crece a un ritmo más alto que la población joven.

⁴ Ibid.

⁵ INEGI, “Características de las defunciones registradas en México durante 2019”, *Comunicado de Prensa*, núm. 480/20, México, 29 de octubre de 2020, <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2020/EstSociodemo/DefuncionesRegistradas2019.pdf>

⁶ Secretaría de Gobernación, “Informa Conapo sobre la esperanza de vida de la población mexicana”, *Boletín*, no. 295/2019, México, 2 de noviembre de 2019, <https://www.gob.mx/segob/prensa/informa-conapo-sobre-la-esperanza-de-vida-de-la-poblacion-mexicana?idiom=es>.

⁷ INEGI, Promedio de hijos nacidos vivos de las mujeres de 12 y más años por entidad federativa según estado conyugal, años censales de 2000, 2010 y 2020”, *Tabulados Interactivos*, 24 de agosto de 2021, https://www.inegi.org.mx/app/tabulados/interactivos/?px-q=Natalidad_Natalidad_04_fbbcdfb8-a036-4718-b328-8f94da3ad3c4.

⁸ El proceso de la población observado entre 1970 y 1990. En 1970 la pirámide poblacional tiene una base ancha y la cúspide estrecha y puntiaguda, la cual describe a un país con población joven; no obstante, la pirámide de 1990 se presenta una base más redondeada y escalonada, y la cúspide menos puntiaguda, lo que finalmente refleja una población adulta joven más numerosa y una población infantil más re-

Por otro lado, México también presenta una situación de urbanización y una alta dispersión en las zonas rurales; conforme al Censo de 2020 el 78.6% de la población se concentró en localidades urbanas, donde 19.9% (más de 19.6 millones de personas) habitan en sólo 19 municipios y delegaciones con más de un millón de habitantes⁹. Por su parte la dispersión en zonas rurales se mantiene en niveles muy altos, ya que históricamente ha pasado de contener menos de 100 habitantes en 55,000 localidades en 1970 a esa misma cantidad de habitantes en 134,890 localidades para 2020; cabe señalar que esta alta dispersión representa un enorme reto para el despliegue de infraestructura en términos de clínicas de servicios médicos, agua potable, electricidad, drenaje y telecomunicaciones, provocando que sea insostenible la factibilidad económica y financiera de proporcionar servicios a dichas localidades.

IV. CONTEXTO Y ANTECEDENTES DE LA MORBILIDAD EN MÉXICO

Hasta el año 2019, los tres primeros lugares los han ocupado las infecciones respiratorias agudas, las infecciones intestinales por otros organismos y las mal definidas y la infección de vías urinarias (cuadro 1) estas tres enfermedades representan el 76% del total general. Adicionalmente destaca el alto crecimiento de otras enfermedades en el periodo de 2005 a 2019, tales como gingivitis y enfermedad periodontal las cuales presentaron un crecimiento en dicho periodo de 151.6%, mientras que la conjuntivitis mostró un crecimiento de 288.2%.

ducida. Sánchez Vera, Pedro, “Envejecimiento demográfico en América Latina. El caso de México”, *Papeles de Geografía*, no, 25, 1997, <https://revistas.um.es/geografia/article/view/45991/44031>.

⁹ Cifras estimadas conforme al Censo 2020 y los municipios y/o delegaciones son: Tijuana, Iztapalapa, León, Puebla, Ecatepec de Morelos, Juárez, Zapopan, Guadalajara, Gustavo A. Madero, Monterrey, Nezahualcóyotl, Mexicali, Querétaro y Culiacán.

Asimismo, la diabetes mellitus, además de mantener un crecimiento constante de esta enfermedad crónico degenerativa del 10% en dicho periodo, también sobresale que su crecimiento sea 6 veces más alto en hombres 21.3% que en mujeres 3.5%. Caso similar se tiene en la hipertensión arterial la cual registró un crecimiento de 4.7% donde el crecimiento más alto fue para los hombres con un 24.9% mientras que las mujeres registraron una tasa negativa del 6.7%; no obstante, en esta tendencia la mujeres representan el 57% del total de casos.

En 1998 la OMS catalogó a la obesidad como una enfermedad de tipo epidémico por el gran problema de salud pública que representa para los países en términos de morbilidad, mortalidad, calidad de vida y costos para los sistemas de salud¹⁰. En México, la Encuesta Nacional de Enfermedades Crónicas (ENEC 1993) identificó que la prevalencia de obesidad en la población adulta era de 21.5%, posteriormente, la Encuesta Nacional de Salud (ENSA) del año 2000 informó que dicha cifra se elevó a 24% de la población adulta¹¹. Finalmente, conforme los registros del Anuario de Morbilidad 1984-2019 de México, la obesidad se incorporó a la lista de las veinte principales enfermedades en 2014 ocupando el lugar número 10, en 2015 fue el noveno, y desde el 2016 a 2019 ha permanecido en el octavo (nacional y hombres) y en el noveno para mujeres¹².

¹⁰ Arrieta, Francisco y Pedro-Botet, Juan, “Recognizing obesity as a disease: a true challenge”, *Revista Clínica Española*, España, 2020, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7605721/pdf/main.pdf>.

¹¹ Olaiz-Fernández, Gustavo *et al.* (coords.), 2006, *Encuesta Nacional de Salud y Nutrición 2006*, México, Instituto Nacional de Salud Pública, https://www.insp.mx/resources/images/stories/Produccion/pdf/100722_cp3.pdf.

¹² Secretaría de Gobernación, Anuario de Morbilidad 1984 – 2019, disponible en https://epidemiologia.salud.gob.mx/anuario/html/morbilidad_grupo.html

También es relevante la desaparición de la “Desnutrición leve” dentro de este grupo, la aparición de enfermedades como el “Dengue no grave” que es atribuible al cambio climático¹³, los “Accidentes de transporte en vehículos con motor” y la aparición de “Depresión” y “Violencia intrafamiliar” dentro de las 20 enfermedades más importantes para las mujeres.

El perfil de salud de nuestro país representa un reto desafiante para las autoridades, ya que por una parte, se mantiene la prevalencia de las principales enfermedades transmisibles así como las enfermedades crónico degenerativas como diabetes e hipertensión y, por otra parte, se incrementa el crecimiento de enfermedades relacionadas a los malos hábitos alimenticios y de higiene, las generadas por la contaminación y problemas en el medio ambiente así como las causadas por la violencia en nuestro país.

Cuadro 1. Veinte principales causas de enfermedad Nacional de 2005-2019

Padecimiento	Hombres				Mujeres				Nacional			
	2005	2019	TC	% Part 2019	2005	2019	TC	% Part 2019	2005	2019	TC	% Part 2019
Infecciones respiratorias agudas	11,845,941	10,492,948	-11.4%	58.1%	14,781,600	13,285,490	-10.1%	51.1%	26,627,541	23,778,438	-10.7%	54.0%
Infecciones intestinales por otros organismos y las mal definidas.	2,160,510	2,470,486	14.3%	13.7%	2,605,057	2,890,118	10.9%	11.1%	4,765,567	5,360,604	12.5%	12.2%
Infección de vías urinarias	803,047	1,000,457	24.6%	5.5%	2,378,009	3,347,622	40.8%	12.9%	3,181,056	4,348,079	36.7%	9.9%
Úlceras, gastritis y duodenitis	478,843	527,532	10.2%	2.9%	954,749	890,704	-6.7%	3.4%	1,433,592	1,418,236	-1.1%	3.2%
Gingivitis y enfermedad periodontal	175,698	416,901	137.3%	2.3%	274,016	714,581	160.8%	2.8%	449,714	1,131,482	151.6%	2.6%
Otitis media aguda	328,309	347,199	5.8%	1.9%	426,433	443,461	4.0%	1.7%	754,742	790,660	4.8%	1.8%
Conjuntivitis	118,154	471,532	299.1%	2.6%	148,519	563,608	279.5%	2.2%	266,673	1,035,140	288.2%	2.4%
Hipertensión arterial	187,869	234,610	24.9%	1.3%	331,429	309,323	-6.7%	1.2%	519,298	543,933	4.7%	1.2%
Amebiasis intestinal	334,587	86,101	-74.3%	0.5%	428,350	105,336	-75.4%	0.4%	762,937	191,437	-74.9%	0.4%
Diabetes mellitus no insulino dependiente (Tipo II)	152,621	185,115	21.3%	1.0%	244,766	253,278	3.5%	1.0%	397,387	438,393	10.3%	1.0%
Obesidad	0	248,165		1.4%	0	428,910		1.7%	0	677,075		1.5%
Intoxicación por picadura de alacrán	121,704	143,126	17.6%	0.8%	126,272	154,422	22.3%	0.6%	247,976	297,548	20.0%	0.7%
Asma y estado asmático	132,513	113,653	-14.2%	0.6%	157,692	141,060	-10.5%	0.5%	290,205	254,713	-12.2%	0.6%
Desnutrición leve	79,213	0	0.0%	0.0%	89,250	0	0.0%	0.0%	168,463	0	0.0%	0.0%
Dengue no grave	0	61,580		0.3%	0	80,896		0.3%	0	142,476		0.3%
Accidentes de transporte en vehículos con motor	0	75,854		0.4%	0	0		0.0%	0	135,818		0.3%
Depresión	0	0	0.0%	0.0%	0	93,500		0.4%	0	0		0.0%
Violencia intrafamiliar	0	0	0.0%	0.0%	0	81,975		0.3%	0	0		0.0%
9 enfermedades dentro de las 20 más importantes*	703,067	411,035	-41.5%	2.3%	1,161,251	1,098,501	-5.4%	4.2%	1,749,568	1,410,483	-19.4%	3.2%
Otras causas	505,557	776,284	53.6%	4.3%	705,048	1,095,730	55.4%	4.2%	1,325,355	2,086,578	57.4%	4.7%
Total	18,127,633	18,062,578	-0.4%	100%	24,812,441	25,978,515	4.7%	100%	42,940,074	44,041,093	2.6%	100%

¹³ Zamora-Rámirez, María Guadalupe *et al.*, “El impacto del cambio climático en la prevalencia del dengue en México”, *Revista Salud Jalisco*, México, año 7, núm. 3, septiembre-diciembre 2020, <https://www.medigraphic.com/pdfs/saljalisco/sj-2020/sj203e.pdf>. pp. 158-161.

* Nota: Las enfermedades que se incluyen son: quemaduras, hiperplasia de la próstata, mordeduras de perro, otras infecciones intestinales, tricomoniasis urogenital, ascariasis, faringitis y amigdalitis estreptocócicas, insuficiencia venosa periférica, otras helmintiasis, Candidiasis urogenital, Vulvovaginitis, Varicela y Neumonías y bronconeumonías.

Fuente: Elaboración propia en base a la información obtenida en el “Anuario de Morbilidad 1984 -2019” disponible en el siguiente enlace: <https://epidemiologia.salud.gob.mx/anuario/html/anuarios.html>

V. DEFUNCIONES EN MÉXICO ANTES Y DURANTE LA PANDEMIA

Conforme lo relata Gómez Dantés, México a mitad del siglo pasado, alrededor de 50% de los decesos en el país se debían a infecciones comunes, problemas reproductivos y padecimientos asociados a la desnutrición, en 2010 esas enfermedades concentraban menos del 15% de los decesos, los padecimientos no transmisibles y las lesiones concentraban el 75% y 11% de las muertes en el país, respectivamente¹⁴. Para 2019 las enfermedades originadas en el período perinatal y las relacionadas con la desnutrición y otras deficiencias nutricionales representaban sólo el 2% y 1% sobre el total de defunciones registradas, además, la tendencia de su crecimiento ha ido a la baja, en el periodo de 2010 a 2019 reportaron un decrecimiento de 19% y 20%, respectivamente. Asimismo, la influenza y neumonía representaron el 4% de las causas de muerte, no obstante, reportaron un crecimiento del 99% en el mismo periodo, ver cuadro 2.

En México el total de defunciones se ha incrementado de 2010 a 2019 en promedio 3% cada año, de 592,018 a 747,784. Las tres enfermedades con mayor peso sobre el total defunciones en el país son:

1. Enfermedades del corazón registraron 156,041 muertes en 2019, lo que representa el 21% del total, de estas 113,653 corresponden a enfermedades isquémicas del corazón, las cuales están relacionadas

¹⁴ Gómez Dantés, Octavio *et al.*, “Sistema de salud de México”, *Salud Pública de México*, México, vol. 53, suplemento 2 de 2011, pp. S220-S232.

- con problemas de obesidad. Asimismo, en el periodo de 2010 a 2019 esta enfermedad registró un crecimiento de 48%. La distribución del total de este rubro por sexo es 53% hombres y 47% mujeres.
2. Diabetes mellitus registró 104,352 muertes en 2019, una participación del 14% sobre el total y un crecimiento en el mismo periodo de 26%. La distribución del total de este rubro por sexo es 50% hombres y 50% mujeres.
 3. Los tumores malignos registraron en 2019 88,682 muertes, una participación de 12% y un crecimiento en el mismo periodo de 26%. La distribución del total de este rubro por sexo es 49% hombres y 51% mujeres.

Es importante señalar que las tres principales causas de muerte tanto para hombres como para mujeres son las mismas en los tres primeros lugares; sin embargo, destaca que el cuarto lugar en el global se encuentran las enfermedades del hígado con una participación de 5.4% y un crecimiento del 25% en el periodo.

Para los hombres el cuarto lugar lo ocupan el rubro de agresiones (homicidios) con una participación de 4.9% sobre el total general de defunciones y un crecimiento del 42% en el mismo periodo; de estas 36,661 muertes el 89% corresponde a hombre y el 11% a mujeres.

Para las mujeres el cuarto lugar lo ocupan el rubro de enfermedades cerebrovasculares con una participación de 4.7% sobre el total general de defunciones y un crecimiento del 9% en el mismo periodo; de estas 35,303 muertes el 50% corresponde tan a hombres y a mujeres.

Orden	Causa	2010	2016	2019	Tendencia	TC 2010-2019	% Part. 2019
		592,018 a/	685,766	747,784			
1	Enfermedades del corazón b/	105,144	136,342	156,041		48%	20.9%
2	Diabetes mellitus	82,964	105,572	104,352		26%	14.0%
3	Tumores malignos	70,240	82,502	88,682		26%	11.9%
4	Enfermedades del hígado	32,453	38,755	40,578		25%	5.4%
5	Agresiones	25,757	24,559	36,661		42%	4.9%
6	Enfermedades cerebrovasculares	32,306	34,782	35,303		9%	4.7%
7	Accidentes	38,117	37,418	33,524		-12%	4.5%
8	Influenza y neumonía	15,620	21,572	31,081		99%	4.2%
9	Enfermedades pulmonares obstructivas crónicas	19,468	23,271	23,768		22%	3.2%
10	Insuficiencia renal	11,950	13,132	14,630		22%	2.0%
11	Ciertas afecciones originadas en el período perinatal c/	14,377	12,641	11,680		-19%	1.6%
12	Malformaciones congénitas, deformidades y anomalías cromosómicas	9,175	9,157	9,068		-1%	1.2%
13	Lesiones autoinfligidas intencionalmente	5,012	6,370	7,223		44%	1.0%
14	Desnutrición y otras deficiencias nutricionales	8,699	7,388	6,956		-20%	0.9%
15	Septicemia	4,034	2,744	5,653		40%	0.8%
16	Enfermedad por virus de la inmunodeficiencia humana	4,860	4,630	5,323		10%	0.7%
17	Bronquitis crónica y la no especificada, enfisema y asma	5,904	5,280	4,508		-24%	0.6%
18	Enfermedades infecciosas intestinales	3,202	3,908	3,746		17%	0.5%
19	Anemias	3,762	3,504	3,580		-5%	0.5%
	Las demás causas	98,974	112,239	125,427		27%	16.8%
	Total	592,018	685,766	747,784		26%	100.0%

a/ Los criterios para la selección de las 20 principales causas de muerte consideran la Lista Mexicana de Enfermedades y comprende por lo menos el 80% del total de defunciones registradas. Se excluyen los grupos de causas insuficientemente especificadas. b/ Excluye paro cardíaco (29 C). c/ Incluye tétanos neonatal (A33).

Fuente: Elaboración propia en base a las estadísticas de la Secretaría de Salud, Anuario de Morbilidad 1984 – 2019, disponible en https://epidemiologia.salud.gob.mx/anuario/html/morbilidad_grupo.html

Por otro lado, a pesar de que enfermedades no transmisibles y las lesiones siguen dominando el perfil de salud del país, las infecciones comunes, los problemas reproductivos y la desnutrición siguen estando presentes en las zonas con mayor marginación, ver gráfica 1:

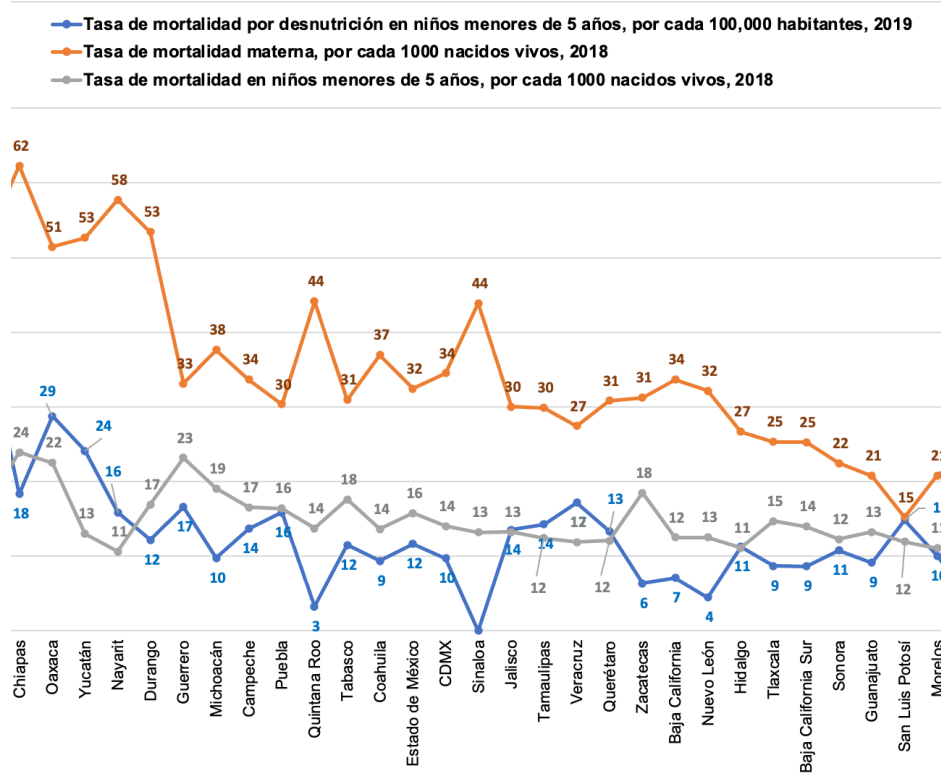
- En Chiapas, la tasa de mortalidad por cada 1000 menores de cinco años en 2018 es de 24, Guerrero 23 y Oaxaca 22 mientras que en Nayarit, Aguascalientes y Morelos es 11¹⁵.
- La razón de mortalidad materna por cada 1000 personas en Chiapas en 2018 es de 62, en Nayarit 58, en Durango 53 mientras que en Colima es 15, San Luis Potosí 15 y Guanajuato 21¹⁶.

¹⁵ Sistema de Información de la Secretaría de Salud, recuperado el 20 de agosto de 2021, disponible en: <http://sinaiscap.salud.gob.mx:8080/DGIS/>.

¹⁶ Ibid.

- La tasa de mortalidad por desnutrición en menores de 5 años por cada 1000 habitantes en 2019 en Chihuahua es 39, Oaxaca 29 y Yucatán 24 mientras que en Quintana Roo es tres, Aguascalientes y Nuevo León es cuatro¹⁷.

Gráfica 1. Tasas de mortalidad por desnutrición, en niños menores de cinco años y mortalidad materna por entidad federativa*



* La información de mortalidad por desnutrición se encuentra actualizada a 2019, las tasas de mortalidad materna y en niños menores de cinco años se encuentra actualizada a 2018.

Fuente: Elaboración propia en base a la información disponible en Sistema de Información de la Secretaría de Salud disponible en <http://sinaiscap.salud.gob.mx:8080/DGIS/>

¹⁷ Ibid.

Finalmente, las cifras preliminares publicadas por INEGI¹⁸ hasta el mes de agosto de 2020 reportan una cifra de defunciones totales por 683,823, a este ritmo se podría alcanzar la cifra de 1.025 defunciones en 2020, un incremento de 37% de crecimiento entre 2019 a 2020.

INEGI calculó, a partir de la metodología de la Organización Panamericana de la Salud¹⁹, un exceso de mortalidad por todas las causas de 184,917, equivalente al 37.9 por ciento al mes de agosto; y aunque históricamente las causas de muerte atribuibles a problemas de salud derivaban de enfermedades del corazón, diabetes mellitus y tumores malignos, en 2020 el Covid-19 se colocó en el segundo lugar con (108,658, 15.9%).

1. SISTEMA DE SALUD MEXICANO

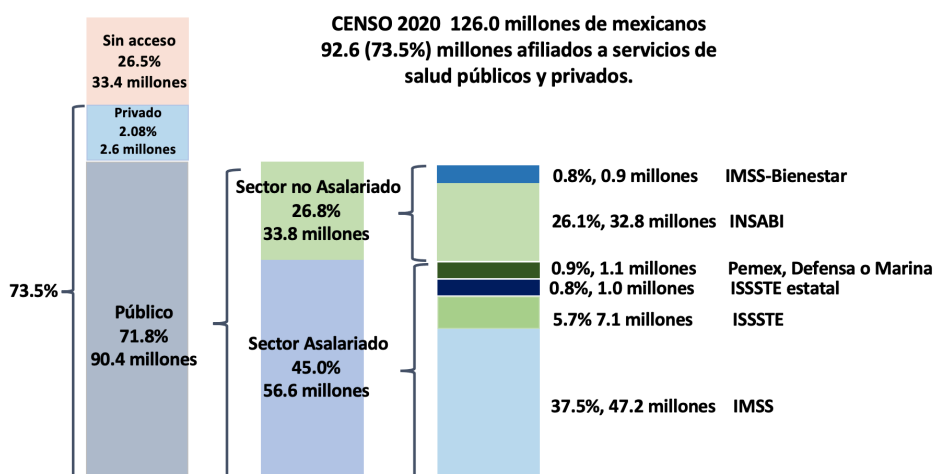
El acceso a los de servicios de salud en México está dividido inicialmente en dos grandes grupos (público y privado) ver digrama 1. Los proveedores públicos atienden a diferentes segmentos de la población en función al esquema laboral en el cual se encuentren trabajando. Como podemos observar, el 73.5% de la población se encuentra afiliado a cualquiera de ellos y el 26.5% no cuenta con ninguno. El sector público a su vez está dividido en dos: el sector asalariado 45.0% y el no asalariado 26.8%. En lo que respecta a la población asalariada, se encuentra dividida en cuatro sistemas de salud, el más importante es el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) con 37.5%; Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) con 5.7%; Petróleos Mexicanos (PEMEX) , Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA) y

¹⁸ INEGI, “Resultados de la estadística de salud en establecimientos particulares 2019”, *Comunicado de Prensa*, núm. 403/20, México, 24 de agosto de 2020, https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2020/EstSociodemo/EstadisticaSalud2019_08.pdf.

¹⁹ Esta metodología está basada en canales endémicos y semanas epidemiológicas. Communicable Diseases and Health Analysis (CHA), Health Information and Analysis (CHA/HA). Disponible en: <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2016/2016-cha-epidemiological-calendar.pdf>

Secretaría de Marina (SEMAR) en conjunto acumulan el 0.9% y los ISSSTE estatales con 0.8%. Por su parte, dentro del sector poblacional no asalariado se encuentran afilados a través del Instituto de Salud para el Bienestar (INSABI) antes Seguro Popular de Salud (SPS) con 26.1% y el 0.8% IMSS-Bienestar, a continuación se abordara con mayor detalle la evolución de de estas cifras.

Diagrama 1. Mexicanos que tienen acceso a los servicios de salud pública y privada 2020



Elaboración propia en base a las cifras del CENSO de 2020.

2. ATENCIÓN MEDICA POR SISTEMA DE SALUD PÚBLICO Y PRIVADO ENTRE 2018 Y 2020

A raíz de la publicación en agosto de 2021 por parte de CONEVAL, de la medición Multidimensional de la Pobreza 2020, se estableció un aumento relevante en la carencia de servicios de salud, no obstante, es importante contextualizar dos aspectos. En primera instancia, la manera en cómo se construye dicho indicador y la segunda, los meses de levantamiento del instrumento estadístico que deriva dicha medición, referente a la Encuesta Nacional de Ingreso y Gasto de los Hogares (ENIGH) 2020, fueron de agosto a noviem-

bre, lo que implica revisar el ajuste coyuntural, tanto en la oferta como en la demanda de los servicios de salud públicos y privados en México durante dichos meses.

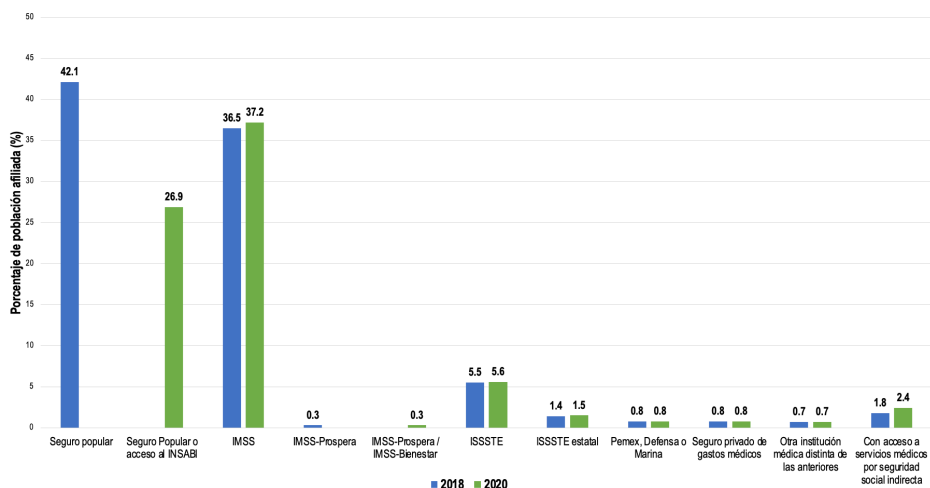
En primer lugar, entre la metodología establecida por el CONEVAL, para caracterizar la carencia de acceso a servicios de salud, encontramos que ésta se construye de acuerdo a lo que la población responde, cuando manifiesta alguna afiliación a un servicio de salud público o privado. Para el ámbito público, se considera afiliación a las siguientes instituciones públicas: IMSS, ISSSTE, los ISSSTE Estatales, servicios públicos de salud que otorgan PEMEX y SEDENA y SEMAR. Finalmente, también se incluye si la población responde, que se encuentra afiliado a un sistema de salud privado.

Ahora bien, es importante destacar que en noviembre de 2019 se aprobó el *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y de la Ley de los Institutos Nacionales de Salud*²⁰ por el cual se consigna la creación de manera oficial del INSABI, y consecuentemente se decreta el cierre de la Comisión Nacional de Protección Social en Salud, encargada de operar el SPS. Por lo tanto, de manera oficial y sobre todo, de manera normativa, el INSABI, entró en vigor a partir del 1 de enero de 2020.

Al haber un cambio entre los entes gubernamentales que ofrecen atención de servicios de salud de manera pública, el INEGI mediante sus mecanismos institucionales, analizó y desarrolló la modificación de la pregunta que se plantea en el contexto de la ENIGH, ya que al desarrollarse una transición entre 2018 y 2020, en el primer año, se preguntó sobre si existía la afiliación al SPS, sin embargo, para 2020, se incluyó la siguiente pregunta, que a la letra se señala: Actualmente, ¿se encuentra usted afiliado o inscrito al SPS, o tiene derecho a los servicios del INSABI?.

²⁰ DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y de la Ley de los Institutos Nacionales de Salud. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/521359/2019_11_29_MAT_salud.pdf. Consultado 30 de julio del 2021.

Gráfica 2 Acceso a los servicios de salud 2018-2020



Fuente: Con base a información de CONEVAL presentada en la ENIGH 2018 y 2020.

2 Una persona puede estar afiliada a más de una institución.

Como es evidente, la información que se captura a través de la ENIGH 2020, en la medida de lo posible, exhibe el proceso que, entre los meses de octubre y noviembre de 2020, ocurría en términos de la instalación del INSABI a lo largo del territorio nacional. Tal y como se exhibe en el gráfico 2, en 2018, de acuerdo a la información que se retoma de las respuesta a la pregunta de afiliación a los servicios de salud con la ENIGH 2018, se reporta que 42.1% de la población declaró tener acceso a los servicios del SPS.

Por su parte, de acuerdo a la propia encuesta, ENIGH, pero en su vertiente 2020, el porcentaje de la población que en modo de autoreporte, declaró tener conciencia del derecho a los servicios de salud que ya en ese momento, se otorgaban por el INSABI, alcanzó apenas 27% de la población total, es decir, una reducción de quince puntos porcentuales, que si bien, no son estrictamente comparables, ya que son servicios y mecanismos de derechohabencia o afiliación

entre SPS y el INSABI, si es permisible, inferir en el reforzamiento en la consolidación de la parte administrativa y de difusión por parte del INSABI al interior de las entidades federativas del país.

Otro punto destacable, es que el resto de las instituciones de salud mantuvieron prácticamente los mismos niveles de afiliación entre 2018 y 2020, siendo el IMSS, la entidad que tuvo una expansión de casi un punto porcentual, lo cual, es un resultado positivo, ya que a priori, como efecto socioeconómico de la pandemia, se hubiera esperado una fuerte contracción del mercado laboral y consecuentemente una reducción de los trabajadores del ámbito privado, afiliados a los servicios de salud del IMSS, sin embargo, se dio una trayectoria contraria.

En general, de acuerdo a los datos derivados de la ENIGH 2020, se ubica que 28.2% de la población en México, es carente a los servicios de salud, de acuerdo con la metodología de CONEVAL, sin embargo, es importante destacar que para dicho año, se cuenta también, con la información derivada del Censo de 2020 que levantó el INEGI, a lo largo del mes de marzo de 2020 (justo previo al inicio de las mayores afectaciones socioeconómicas de la pandemia en México), la cual, de acuerdo con lo reportado²¹ por el CONEVAL, al tomar en consideración la información censal 2020, resulta que 26.2% de la población total, no tuvo alguna derechohabiencia a los servicios de salud para esa fecha.

Al analizar la distribución a nivel estatal, de acuerdo con los datos censales 2020, las tres entidades con mayor porcentaje de población sin la derechohabiencia a servicios de salud, fueron: Michoacán (37.6%), Estado de México (33.4%) y Chiapas (32.7%), en contra parte, los estados que menores niveles de población que no

²¹ CONEVAL, *Índice de Rezago Social 2020: Principales Resultados*, México, CONEVAL, 2020, https://www.coneval.org.mx/Medicion/Documents/IRS_2020/Nota_principales_resultados_IRS_2020.pdf

contaron con el acceso a servicios de salud público/privado para marzo de 2020, fueron: Chihuahua (15.3%), Baja California Sur (16.2%) y Colima (16.8%).

Sin embargo, al retomar la información que se genera al analizar de manera comparativa las ENIGH's 2018 y 2020, se encuentra que las tres entidades que mayores aumentos de su población total estatal, con la carencia a los servicios de salud fueron: Oaxaca (se incrementó de 16.3 a 36.9%) Guerrero (pasó de 13.8 a 33.5%) y Chiapas (se expandió de 17.6 a 37.1%). Lo anterior es relevante, ya que se deberán reforzar las estrategias de la consolidación del INSABI, en estas y otras entidades, puesto que, por ejemplo, la entrada en vigor del convenio de coordinación entre INSABI y la entidad federativa fue, para Oaxaca y Guerrero para agosto de 2021, mismo mes para el caso de Michoacán de Ocampo, que es la entidad con mayor porcentaje que reporta esta carencia. A la par, destacar que las entidades de EDOMEX y Chiapas, si comenzó en vigor dicho convenio de coordinación desde enero del 2020, por lo tanto, la complejidad de estas dos entidades, tanto en términos de volumen de población como la cobertura territorial previa, sin duda, son parte de las variables a considerar para eficientar la política de salud en el ámbito estatal.

Como se ha planteado previamente, el 2020 significó un año con enormes retos para los servicios de salud en el ámbito global, lo cual no fue ajeno, ni mucho menos, tanto a la oferta y demanda de los servicios de salud en México. Como se reporta en el cuadro 3, de hecho hubo una reducción en el número de personas que tuvieron un problema de salud en 2020 y buscaron atención médica, al reportarse un poco más de 42 millones de mexicanos en dicha situación, alrededor de casi tres millones menos que en 2018. Esto confirma la reestructuración tan fuerte en dicho bienio.

La reconfiguración en el sistema de salud se exhibe en la manera de cómo se incrementó el número de personas que al tener un problema de salud, buscaron atención y lo recibieron en el ámbito de

saludo privado, ya que al conjuntar a las personas que se atendieron tanto en consultorio de farmacia como consultorios y hospitales privados, fueron en 2018 a alrededor de 21.3 millones en dicha situación a 27 millones en 2020, es decir, un incremento de casi seis millones de personas.

Cuadro 3. Número de personas que presentaron problemas de salud y recibieron atención médica

¿En dónde se atendió? ¹	2018		2020		Diferencia en el número de personas
	Número de personas	Porcentaje	Número de personas	Porcentaje	
Centros de Salud (SSa)	7,487,467	16.7%	4,037,380	9.6%	- 3,450,087
Hospital o instituto (SSa)	3,101,499	6.9%	1,496,193	3.6%	- 1,605,306
Seguro Social o IMSS	9,097,598	20.3%	6,326,458	15.1%	- 2,771,140
IMSS-PROSPERA / IMSS BIENESTAR*	476,871	1.1%	335,792	0.8%	- 141,079
ISSSTE	1,309,494	2.9%	830,133	2.0%	- 479,361
ISSSTE estatal	456,033	1.0%	346,807	0.8%	- 109,226
Otro servicio médico público (PEMEX, SEDENA, SEMAR, DIF,	433,940	1.0%	245,620	0.6%	- 188,320
Consultorios y hospitales privados	12,899,760	28.7%	17,076,788	40.6%	4,177,028
Consultorio de farmacias	8,570,962	19.1%	10,041,064	23.9%	1,470,102
Curandero, hierbero, comadrona, brujo, etcétera	380,078	0.8%	443,969	1.1%	63,891
Atención en otro lugar	693,762	1.5%	660,459	1.6%	- 33,303
INSABI*	0	0.0%	186,269	0.4%	
Total	44,907,464	100.0%	42,026,932	100.0%	- 2,880,532

* En 2020 se agrega “IMSS-Bienestar” y se elimina “GDF” de las respectivas categorías. Se incluye la categoría INSABI.

Fuente: estimaciones del CONEVAL con base en la ENIGH 2018 y 2020.

¹ De acuerdo con la ENIGH, una persona puede reportar haber recibido atención médica en uno o más lugares, este ejercicio considera todas las respuestas disponibles.

Es claro que el efecto de la pandemia del Covid-19, impactó en que un menor número de personas buscara atención en los Servicios de Salud del ámbito público en el país, sobre todo, en aquellas

instituciones que si bien mantuvieron porcentajes similares de declaratoria de afiliación como el IMSS o el ISSSTE, las personas que buscaron atenderse en ambas instituciones, cayeron en un poco más de tres millones de personas, es probable, que dada la reconversión de varios hospitales en dichas instituciones en la mayoría de los meses de 2020, al ser centros de atención exclusivamente para pacientes enfermos por la Covid-19, derivó en inhibir y disminuir la búsqueda de atención médica en dichos lugares, de ahí, el fuerte incremento de los servicios privados de salud en el país.

Cuadro 4. Lugar de atención médica de las personas afiliadas al Seguro Popular, 2008-2018

Lugar de atención	2008			2018		
	Proporción	Error estándar	CV* (%)	Proporción	Error estándar	CV (%)
SSa	90.8%	0.0053	0.5853	48.6%	0.0051	1.0403
IMSS	3.6%	0.0027	7.5028	4.7%	0.0016	3.4507
IMSS-Oportunidades	4.6%	0.0043	9.363	1.8%	0.0014	8.032
ISSSTE	0.4%	0.0007	18.74	0.6%	0.0006	11.1971
Otro servicio público	0.4%	0.0007	17.6	0.5%	0.0006	12.3131
Servicios privados	14.3%	0.006	4.2177	25.4%	0.004	1.5855
Consultorios de farmacias	9.4%	0.005	5.2659	17.2%	0.0037	2.1684
Curandero	0.4%	0.001	23.4584	1.2%	0.0007	5.6528
Se automédica	5.0%	0.004	8.0438	N/D	N/D	N/D
Otro	1.4%	0.0021	15.1618	1.2%	0.0008	7.1329

Fuente: Elaborado por el CONEVAL con base en el MCS-ENIGH 2008, 2010, 2012 y 2014 y el MEC del MCS-ENIGH 2016 y 2018.

*/ El coeficiente de variación de una estimación es una medida relativa de su precisión: conforme sus valores son más próximos a 0, indican que la estimación es más precisa. De 0 a 15 por ciento se considera buena; de 15 a 25 por ciento es aceptable; mayor de 25 por ciento, con reserva, solo para fines descriptivos e identificación de tendencias.

Nota: la información de los afiliados al IMSS -Prospera se reporta a partir de 2014.

Tal y como se reporta en el cuadro 4, de acuerdo con lo reportado por CONEVAL en el documento de “Sistema de Protección Social en Salud: resultados y diagnóstico de cierre”, que contar con la afiliación al sistema del SPS, no incidió en primera instancia, en que las personas beneficiarias, buscaran y recibieran atención médica

en los servicios de salud públicos del país, ya que en el comparativo entre lo que se reportó entre 2008 y 2018, alrededor de 23% de la población afiliada al SPS se atendió en consultorios de farmacias o servicios privados, sin embargo, esta cifra se incrementó veinte puntos porcentuales en diez años, para ubicar dicho porcentaje en casi 44% en 2018.

Esto implica, que justamente uno de los retos para el actual sistema del INSABI, será fortalecer el conocimiento de derechohabencia para la población que previamente era afiliada al SPS, y que ahora, podría contar con la atención médica que requiera, en alguna de las diversas instituciones de Servicio de Salud Públicas en el país.

3. ACCIONES DE LA SECRETARÍA DE SALUD PARA AFRONTAR LA PANDEMIA DE COVID-19

La pandemia de Covid-19 se presentó en México cuando se estaba realizando una transición en el sistema de salud, derivada de la eliminación del SPS y la creación del INSABI a través del decreto del 11 noviembre de 2019, esta transición involucró un cambio de administración descentralizada a centralizada por el gobierno federal, adicionalmente se vio afectada no sólo por el proceso administrativo que conlleva coordinarse y llegar a acuerdos con 32 entidades federativas, también porque modificó el esquema de atención el cual involucró un cambio de paradigma en términos de la concepción de afiliación a un sistema de salud, ya que tradicionalmente se acredita a dicho acceso con la suscripción al sistema a través de un proceso de registro y la obtención de una credencial. Sumado a este proceso se presentó la pandemia de Covid-19, la cual volcó toda la comunicación tanto de las instancias y autoridades de salud como las gubernamentales a informar las medidas de contención para la pandemia.

En este contexto, para enfrentar la crisis sanitaria se requirieron cuatro acciones fundamentales²²: contar con el capital humano preparado, con los recursos materiales en equipos y herramientas bastas y necesarias para afrontar esta contingencia de forma eficaz y oportuna; generar en la población una participación más activa en términos de adopción de medidas emergentes para disminuir de manera importante la cantidad de contagios; y finalmente, motivar una comunicación continua y veraz para informar el estatus real de la enfermedad y las medidas que deberían adoptarse de manera emergente y prioritaria evitando la desinformación o la tergiversación de la información. A pesar de que estas acciones fueron implementadas en todos los países en diferentes momentos, en muchos casos los sistemas nacionales de salud se vieron rebasados ante la emergencia sanitaria.

Para afrontar esta pandemia, se construyó una respuesta en coordinación interinstitucional en los diversos niveles de gobierno, principalmente dirigido por las autoridades de salud y en acompañamiento del presidente y secretarios de estado clave, las cuales a continuación clasificadas en función a los cuatro criterios mencionados en el párrafo anterior y que tienen un alcance en el orden federal.

AMPLIACIÓN Y CAPACITACIÓN DEL CAPITAL HUMANO

04/04/20	Contratación especial de médicos para enfrentar la pandemia: 6,600 médicos y 12,300 enfermeras ²³ .
09/04/20	INSABI-IMSS: Inauguran el taller presencial “Manejo Integral Hospitalario del Paciente Crítico por Covid-19” para capacitar a todo el personal de la salud; adicionalmente, se cuenta con la plataforma en línea de capacitación ²⁴ .

AMPLIACIÓN DE INFRAESTRUCTURA

05/04/20	Lineamientos de la reconversión hospitalaria dividida en tres etapas: Etapa 1- Capacidad instalada, basal y ampliada; Etapas 2 – Reconversión de unidades; Etapa 3 – Expansión ²⁵ .
17/04/20	Instalación de un puente aéreo con la República Popular de China para la compra de insumos médicos (protección personal, medicamentos y ventiladores) certificadas internacionales ²⁶ .

²³ INSABI, “El INSABI invita a incorporarse al servicio en hospitales de la Ciudad de México”. Convocatoria Especial, México, 27 de diciembre de 2020, <https://www.gob.mx/insabi/acciones-y-programas/convocatoria-especial?state=published>.

²⁴ Secretaría de Salud, 2020, “Suman esfuerzos IMSS e INSABI para manejo integral hospitalario del paciente crítico por COVID-19” Comunicado de prensa, México, 09 de abril de 2020, <https://www.gob.mx/salud/prensa/suman-esfuerzos-imss-e-insabi-para-el-manejo-integral-hospitalario-del-paciente-critico-por-covid-19>.

²⁵ Gobierno de México (2020). “Lineamientos de Reconversión Hospitalaria”, México, 5 de abril 2020, <https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2020/04/Documentos-Lineamientos-Reconversion-Hospitalaria.pdf>

²⁶ Secretaría de Salud “Estrategia de Salud y SRE de combate al COVID-19”, Prensa, 17 de abril de 2020, <https://www.gob.mx/salud/prensa/estrategia-de-salud-y-sre-de-combate-al-covid-19>.

21/04/20	Firma del Convenio entre el Gobierno de México y la Asociación Nacional de Hospitales Privados y el Consorcio Mexicano de Hospitales (23 abril a 23 de junio) ²⁷ .
02/05/20	Hasta abril, INSABI entregó a varias entidades federales, IMSS, ISSSTE, PEMEX y otros, más de 13 millones de piezas de equipos de diagnóstico y laboratorio, medicamentos, entre otros ²⁸ .
17/11/20	Ampliación del convenio entre el Gobierno de México con hospitales privados con lo cual, la iniciativa privada aportará 150 camas adicionales para atender casos graves de Covid-19 ²⁹ .
16/06/21	Se alcanza disponibilidad máxima de 35,635 camas generales y 11,681 camas con ventilador ³⁰ .

APOYO A LA COMUNIDAD

14/05/20	Otorgamiento de un seguro de vida para trabajadores de la salud que atienden a pacientes con Coronavirus ³¹ .
----------	--

²⁷ -----, 2020, “Hospitales privados atenderán a pacientes del sector salud” México, <https://coronavirus.gob.mx/2020/04/21/hospitales-privados-atenderan-a-pacientes-del-sector-salud/>

²⁸ -----, “114. Fortalece Gobierno de México a todas las entidades contra el COVID-19” Comunicado de prensa, 02 de mayo de 2020, <https://www.gob.mx/salud/prensa/114-fortalece-gobierno-de-mexico-a-todas-las-entidades-contra-el-covid-19?idiom=es>.

²⁹ -----, “210. Amplía Gobierno de México convenio con hospitales privados para garantizar atención médica de calidad”, *Prensa*, 17 de noviembre de 2020, <https://www.gob.mx/salud/prensa/210-amplia-gobierno-de-mexico-convenio-con-hospitales-privados-para-garantizar-atencion-medica-de-calidad?idiom=es>.

³⁰ -----, “248. Sector Salud incrementó número de camas para la atención de pacientes COVID-19”, *Prensa*, 16 de junio de 2021, <https://www.gob.mx/salud/prensa/248-sector-salud-incremento-numero-de-camas-para-la-atencion-de-pacientes-covid-19?idiom=es>.

³¹ Secretaría de Gobernación, “Trabajadores del sector salud que atienden COVID-19 recibirán seguro de vida” México Boletines, 14 de mayo de 2020, <https://presidente.gob.mx/trabajadores-del-sector-salud-que-atienden-covid-19-recibiran-seguro-de-vida/>

28/10/20	La SSa, lleva servicios médicos y desarrolla acciones de prevención y promoción de la salud en comunidades indígenas ³² .
24/11/20	Apoyo para gastos funerarios por 1,460 pesos a familiares directos fallecidos por Covid-19, a partir del 2 de diciembre de 2020 ³³ .

DESARROLLO E INVESTIGACIÓN

06/04/20	La SSa publica las “Disposiciones para la adquisición y fabricación de ventiladores, durante la emergencia de salud pública por coronavirus 2019 (Covid-19)” ³⁴
14/07/20	Desarrollo de ventiladores nacionales ³⁵
22/08/20	México y Alemania acuerdan agenda de colaboración para intercambian información ³⁶ .

³² Secretaría de Salud, “181. Acercamos servicios de salud a comunidades indígenas a través de brigadas”, *Prensa*, 28 de octubre de 2020, <https://www.gob.mx/salud/prensa/181-acercamos-servicios-de-salud-a-comunidades-indigenas-a-traves-de-brigadas?idiom=es>.

³³ Secretaría de Salud, “A partir del 2 de diciembre, familiares de personas fallecidas por COVID-19 contarán con apoyo para gastos funerarios”, *Prensa*, 24 de noviembre de 2020, <https://www.gob.mx/salud/prensa/a-partir-del-2-de-diciembre-familiares-de-personas-fallecidas-por-covid-19-contaran-con-apoyo-para-gastos-funerarios?idiom=es>.

³⁴ ----, “099. Disposiciones para la adquisición y fabricación de ventiladores, durante la emergencia de salud pública por coronavirus 2019 (COVID-19)” Comunicado de prensa, 06 de abril de 2020, <https://www.gob.mx/salud/prensa/disposiciones-para-la-adquisicion-y-fabricacion-de-ventiladores-durante-la-emergencia-de-salud-publica-por-coronavirus-2019-covid-19-239783>

³⁵ Secretaría de Relaciones Exteriores, 2020, “El sector público y privado presentan ventilador mecánico invasivo desarrollado por mexicanos para hacer frente al Covid-19”, 13 de agosto de 2020, <https://www.gob.mx/sre/articulos/el-sector-publico-y-privado-presentan-ventilador-mecanico-invasivo-desarrollado-por-mexicanos-para-hacer-frente-al-covid-19-250179?idiom=es>

³⁶ Secretaría de Salud, “154. Sector salud y expertos alemanes intercambian información sobre control de enfermedades”, *Prensa*, 22 de agosto de

13/04/21	Vacuna Patria, estrategia de Conacyt, bajo la modalidad de coinversión público-privada ³⁷ .
----------	--

4. ESTRATEGIA DE VACUNACIÓN

La organización y planeación de la estrategia de vacunación contra el virus SARS-CoV-2, comenzó con la integración del grupo técnico asesor para la vacuna (GTAV) el 18 de agosto de 2020, él cual identificó como elementos clave para la ejecución del programa nacional de vacunación la limitada producción mundial de la vacuna, el acceso inequitativo a todos los países, la infraestructura nacional para el proceso de recepción, almacenaje y distribución de las diferentes vacunas, entre otros; también fueron analizados los factores de riesgo de la salud nacional, la pobreza e inequidad con relación a la infección y muerte por Covid-19. A partir de ello, se definieron cuatro ejes de priorización: edad de las personas, comorbilidades personales, grupos de atención prioritaria (discapacidad, niñez, entre otros) y comportamiento de la epidemia (densidad poblacional principalmente). Esta información fue presentada en el documento “la Política Nacional de Vacunación contra el virus SARS-CoV-2 como documento rector de la estrategia nacional” el 8 de diciembre de 2020, su última actualización fue el 11 de mayo de 2021³⁸.

2020, <https://www.gob.mx/salud/prensa/154-sector-salud-y-expertos-alemanes-intercambian-informacion-sobre-control-de-enfermedades?idiom=es>

³⁷ Presidencia de la República. 2020, “Informe diario sobre coronavirus COVID-19 en México”, 23 de abril de 2020 <https://www.gob.mx/presidencia/es/articulos/version-estenografica-conferencia-de-prensa-informe-diario-sobre-coronavirus-covid-19-en-mexico-240911?idiom=es>.

³⁸ ----, 2021, “Política nacional rectora de vacunación contra el SARS-CoV-2 para la prevención de la COVID-19 en México. Documento rector.” 11 de mayo de 2021, https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2021/05/11May2021_PNVx_COVID.pdf

En dicho documento, se definieron cinco etapas de vacunación: 1) Personal de salud, 2) Personas de 60 o más años y personal de salud restante, 3) Personas de 50 a 59 años y embarazadas de 18 años y más, a partir del tercer mes de embarazo, 4) Personas de 40 a 49 años y 5) Resto de la población. En la segunda etapa se implementó la estrategia operativa federal llamada “Operativo Correcaminos” donde la coordinación general está a cargo la oficina de la Presidencia de la República y es apoyada por los titulares del Sistema Nacional DIF, Secretaría de Salud y con distintas dependencias del gobierno federal³⁹.

La estrategia de vacunación tiene como objetivo alcanzar 70% total de la población vacunada en 18 meses para lograr la inmunidad de rebaño⁴⁰. Al primero de septiembre de 2021, se han vacunado a 58.0 millones de personas donde el 59% ya tienen el esquema completo 41% con nuevos esquemas lo que hace plausible lograr la meta de vacunación establecida, dados los recursos y la capacidad operativa. No obstante, los puntos a resolver son la logística para alcanzar a la población más alejada y sobre todo de la respuesta y disposición de la población⁴¹.

Hasta el primero de septiembre de 2021 México ha recibido 103.04 mil vacunas, cuadro 5, donde AztraZeneca 36.8%, Pfizer 29.1% y Sinovac 19.4% acumulan el 85.4% de las adquisiciones, el 14.6% restante lo acumulan CanSino, Sputnik y otras (cuadro 6). Desde el 31 de agosto México se adhirió al mecanismo internacional de adquisición de vacunas COVAX, que contempla la compra centralizada a diversas compañías para lograr el aseguramiento de vacunas para al

³⁹ -----, 2021, “Estrategia operativa de vacunación contra la COVID-19

“Operativo Correcaminos” 19 de febrero de 2021, https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2021/02/Operativo_Correcaminos_19feb2021.pdf

⁴⁰ Op. Cit.

⁴¹ Secretaría de Salud. “COVID-19 MÉXICO Comunicado Técnico Diario”, 1 de septiembre de 2021, https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2021/09/2021.09.01_17h00_ComunicadoTecnicoDiario_Covid19.pdf

menos el 20% de población en cada país⁴²; asimismo, se han realizado negociaciones directa con las farmacéuticas con lo cual se alcanza la cifra de 243.93 millones de vacunas, donde AstraZeneca 31.7, COVAX 20.9%, Cansino 14.3% y Pfizer 14.1% juntas acumulan el 81.1%. Aunque no se tiene el detalle de las vacunas que han llegado a través del mecanismo de COVAX, conforme a la información encontrada se puede estimar un porcentaje de cumplimiento de entrega para Sinovac de 100%, Pfizer-BioNTech de 87.3% y AstraZeneca de 49%. En el caso de las vacunas de China y Rusia, Cansino y Sputnik, no se identifica ningún riesgo de incumplimiento pero si papel importante en el peso de la estrategia para el 60% de vacunas que aun se requieren al igual que COVAX y AstraZeneca.

Cuadro 5. Dosis contra el Covid-19 recibidas y contratadas por México*

Proveedores	Dosis Recibidas**	% Participación	Dosis Contratadas	% Participación	Recibidas & Contratadas
AstraZeneca	37.95	36.8%	77.40	31.7%	49.0%
COVAX	sin inf.	sin inf.	51.10	20.9%	sin inf.
CanSino Biologics	7.31	7.1%	35.00	14.3%	20.9%
Pfizer-BioNTech	30.03	29.1%	34.40	14.1%	87.3%
Sputnik V	4.65	4.5%	24.00	9.8%	19.4%
Sinovac	20.00	19.4%	20.00	8.2%	100.0%
AstraZeneca-Serum Institute	sin inf.	sin inf.	2.03	0.8%	sin inf.
Johnson & Johnson	135.0%	1.3%	sin inf.	sin inf.	sin inf.
Moderna	175.0%	1.7%	sin inf.	sin inf.	sin inf.
Total	103.04	100%	243.93	100%	42.2%

* Cifras en millones de unidades.

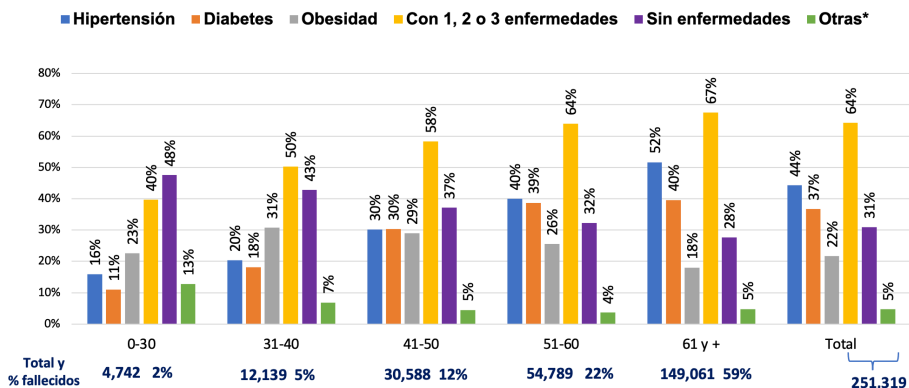
** Las dosis recibidas no consideran las que se reciben a granel para su envasado en México.

Fuente: Elaboración propia con información actualizada al 2 de septiembre de 2021. disponible en <https://transparencia.sre.gob.mx/gestion-diplomatica-vacunas-covid/>

⁴² El mecanismo Covax es un instrumento impulsado por la OMS para garantizar el acceso a vacunas contra COVID-19, bajo este mecanismo se facilita la negociación con los fabricantes de vacunas, con el cual se busca garantizar el acceso equitativo y compartir los riesgos de inversión. Secretaría de Relaciones Exteriores, “México participará en COVAX Facility para la obtención de vacunas contra COVID-19”, Comunicado, no. 256, 7 de septiembre de 2020, <https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-participara-en-covax-facility-para-la-obtencion-de-vacunas-contra-covid-19>.

Por otro lado, después de revisar las cifras de fallecimientos por Covid-19 de 251,319 personas acumuladas desde el inicio de la pandemia hasta 12 de agosto de 2021 (gráfica 3), es notable el alto porcentaje de muertes con morbilidades como la hipertensión 44%, la diabetes 37% y la obesidad 22% como participación individual sobre el total. Al agrupar las defunciones en un grupo donde al menos se tenga una o cualquier combinación de estas tres enfermedades se alcanza un peso del 64%, el siguiente grupo de población concentra otras enfermedades (EPOC, asma, problemas renales crónicos, etc.) y representan el 5%, el último grupo no reportó ninguna enfermedad y queda con un 31% de peso, lo cual es un poco preocupante que sea mayor al de otras enfermedades. Estas cifras demuestran la fuerte relación de muertes asociadas a las principales morbilidades en nuestro país y como éstas están dominando el perfil de fallecimiento por la pandemia, al mismo tiempo la complejidad para su prevención de la enfermedad, ya que un alto porcentaje de personas fallecen a pesar de no reportar o tener ninguna enfermedad. También se puede observar la consistencia de fallecimiento en las personas mayores a 60 años que acumula un 59%, por lo cual el enfoque hacia este grupo etario debe mantenerse, así como el de la morbilidades.

Gráfica 3. Porcentaje de personas fallecidas por Covid-19 por grupos etarios con diabetes, hipertensión y obesidad o la combinación de ellas en México



* Otras acumula EPOC, diagnóstico de asma, enfermedades cardiovasculares, insuficiencia renal crónica, hábito de tabaquismo y presencia de inmunosupresión.

Fuente: Elaboración propia con información publicada por la Dirección General de Epidemiología, actualizada al 19 de agosto de 2021, disponible en <https://www.gob.mx/salud/documentos/datos-abiertos-152127>.

VI. CONCLUSIÓN

Uno de los elementos centrales para la mayor cobertura de bienestar de una población, es sin lugar a duda, su buen estado de salud de la misma. Paralelamente, en los últimos casi dos años, dicha situación ha sido relevante en el contexto de una pandemia global con efectos negativos relevantes en la salud de la población mundial, lo que obliga al análisis de la evolución de las condiciones de salud y el acceso a los servicios médicos de los mexicanos.

A partir del presente análisis se pueden enumerar de manera sintética algunos elementos relevantes como primeras reflexiones de esta pandemia, a saber: a) En primera instancia, plantear una estrategia integral del estado de salud de la población, hay claridad con dos morbilidades que actualmente reporta la población no sólo adulta mayor, sino de edad media y joven, que es tanto la obesidad y la diabetes, por lo cual se deberá de redoblar la cultura de una alimentación nutritiva y de calidad. 2) A la par, en una muy fuerte estrategia intergubernamental, reforzar la edificación de unidades hospitalarias a lo largo del país, que permitan aumentar la oferta hospitalaria en el ámbito del sector público, ya que dada la política de salud actual, se busca un mecanismo de ejercicio universal de acceso a servicios médicos de salud gratuitos, se deberá reforzar el acercamiento de la población en general, a la oferta médica del INSABI.

En tercer lugar, si bien gracias a un esquema de esfuerzos privados, se pudo gestionar y desarrollar un grupo de vacunas para la Covid-19 en menos de un año, esta experiencia deberá de plan-

tear un incremento en los elementos de una estrategia de políticas de investigación en Centros académicos con financiamiento mixto (público y privado) que permita manifestar en la medida de lo posible, independencia externa y el desarrollo de procesos propios de análisis e investigaciones sobre temas de vacunas, lo cual, permitirá salvaguardar la autonomía para atender los requerimientos de cierto número de población.

En cuarto lugar, si bien se ha incrementado el número de personas que se han atendido en servicios privados de salud, esto representa un elemento más, en la fuerte desfragmentación del sistema de salud de México, por lo tanto, deberá de ser un objetivo prioritario de la estrategia de salud de mediano y largo plazo, alcanzar los niveles pre pandemia, de aquellos mexicanos que al sí estar afiliados a los servicios públicos de salud, decidieran atenderse en los mismos, sino que, la crisis de salud global, ha visualizado la escases de recursos humanos altamente calificados en el ámbito de los servicios de salud, por lo tanto, una apuesta verdaderamente de largo alcance, deberá ser la formación inmediata de especialistas que permitan, justamente, poder cubrir los huecos en aquellas entidades donde haya un déficit de médicos de diversas especialidades.

Así mismo, mención aparte debe ser, la rápida ejecución de los servicios de vacunación por Covid-19 en el país, ya que a lo largo de 2021, esto constituyo un desarrollo operativo por parte del Estado Mexicano, para ir atendiendo el gran reto operativo que esto representó, lo cual, se pudo alcanzar gracias a los mecanismos de coordinación interinstitucional de los tres niveles de gobierno del estado mexicano, el cual, paralelamente produjo información sistemática diaria, en un buen periodo de esta pandemia, lo cual significo comunicar algunas de estas estrategias de salud a un mayor número de integrantes de la sociedad.

Finalmente, al momento de escribir estas líneas, la pandemia en términos globales sigue evolucionando, si bien la tasa de mortandad y letalidad ha bajado en aquellos países que han avanzado de ma-

nera acelerada en sus procesos de vacunación en al menos la mitad de su población, aún queda un número importante de países, sobre todo aquellos de menores ingresos, que no han podido desarrollar un esquema de vacunación robusto de su población, por lo tanto, esto representa una gran deuda en el ejercicio del derecho social de la salud para un número importante de la población mundial, lo cual, debe ser la asignatura al cierre de 2021 y parte del 2022.

VII. AGRADECIMIENTOS

Esta investigación tuvo un especial apoyo de Jimena García Tobón y Alfredo Rodrigo Rodríguez Torres, estudiantes de las carreras de Sociología y Economía de la Universidad Nacional Autónoma de México, quienes nos apoyaron con la recolección, estructuración y el análisis de la información.

VIII. REFERENCIAS

- Arrieta, Francisco y Pedro-Botet, Juan, “Recognizing obesity as a disease: a true challenge”, *Revista Clínica Española*, España, 2020, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7605721/pdf/main.pdf>.
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Índice de Rezago Social 2020: Principales Resultados*, México, CONEVAL, 2020, https://www.coneval.org.mx/Medicion/Documents/IRS_2020/Nota_principales_resultados_IRS_2020.pdf
- Gómez Dantés, Octavio *et al.*, “Sistema de salud de México”, *Salud Pública de México*, México, vol. 53, suplemento 2 de 2011, pp. S220-S232.

- Gobierno de México (2020). “Lineamientos de Reconversión Hospitalaria”, México, 5 de abril 2020, <https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2020/04/Documentos-Lineamientos-Reconversion-Hospitalaria.pdf>
- , 2021, “Estrategia operativa de vacunación contra la COVID-19 “Operativo Correccaminos”, 19 de febrero de 2021, https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2021/02/Operativo_Correccaminos_19feb2021.pdf
- , 2021, “Política nacional rectora de vacunación contra el SARS-CoV-2 para la prevención de la COVID-19 en México. Documento rector.” 11 de mayo de 2021, https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2021/05/11May2021_PNVx_COVID.pdf
- Instituto de Salud para el Bienestar, “Conferencia presidencial 13 de abril 2021. Pulso de la salud y vacuna Patria”, *Blog*, 13 de abril de 2021, <https://www.gob.mx/insabi/es/articulos/conferencia-presidencial-13-de-abril-2021-pulso-de-la-salud-y-vacuna-patria?idiom=es>.
- , “El INSABI invita a incorporarse al servicio en hospitales de la Ciudad de México”. Convocatoria Especial, México, 27 de diciembre de 2020, <https://www.gob.mx/insabi/acciones-y-programas/convocatoria-especial?state=published>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Resultados de la estadística de salud en establecimientos particulares 2019”, *Comunicado de Prensa*, núm. 403/20, México, 24 de agosto de 2020, https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2020/EstSociodemo/EstadisticaSalud2019_08.pdf.

- , “Características de las defunciones registradas en México durante 2019”, *Comunicado de Prensa*, núm. 480/20, México, 29 de octubre de 2020, <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2020/EstSociodemo/DefuncionesRegistradas2019.pdf>.
- , “Características de las defunciones registradas en México durante enero a agosto de 2020”, *Comunicado de Prensa*, núm. 61/21, México, 27 de enero de 2021, https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/EstSociodemo/Defunciones-Registradas2020_Pnles.pdf.
- , “Promedio de hijos nacidos vivos de las mujeres de 12 y más años por entidad federativa según estado conyugal, años censales de 2000, 2010 y 2020”, *Tabulados Interactivos*, 24 de agosto de 2021, https://www.inegi.org.mx/app/tabulados/interactivos/?pxq=Natalidad_Natalidad_04_fbbcdfb8-a036-4718-b328-8f94da3ad3c4.
- Presidencia de la República, 2020, “Informe diario sobre coronavirus COVID-19 en México”, 23 de abril de 2020. <https://www.gob.mx/presidencia/es/articulos/version-estenografica-conferencia-de-prensa-informe-diario-sobre-coronavirus-covid-19-en-mexico-240911?idiom=es>.
- Sánchez Vera, Pedro, “Envejecimiento demográfico en América Latina. El caso de México”, *Papeles de Geografía*, no. 25, 1997, <https://revistas.um.es/geografia/article/view/45991/44031>.
- Secretaría de Gobernación, “Informa Conapo sobre la esperanza de vida de la población mexicana”, *Boletín*, no. 295/2019, México, 2 de noviembre de 2019, <https://www.gob.mx/segob/prensa/informa-conapo-sobre-la-esperanza-de-vida-de-la-poblacion-mexicana?idiom=es>.

- , “Trabajadores del sector salud que atienden COVID-19 recibirán seguro de vida” México Boletines, 14 de mayo de 2020, <https://presidente.gob.mx/trabajadores-del-sector-salud-que-atenden-covid-19-recibiran-seguro-de-vida/>
- Secretaría de Relaciones Exteriores, “México participará en COVAX Facility para la obtención de vacunas contra COVID-19”, Comunicado, no. 256, 7 de septiembre de 2020, <https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-participara-en-covax-facility-para-la-obtencion-de-vacunas-contra-covid-19>.
- , 2020, “El sector público y privado presentan ventilador mecánico invasivo desarrollado por mexicanos para hacer frente al Covid-19”, 13 de agosto de 2020, <https://www.gob.mx/sre/articulos/el-sector-publico-y-privado-presentan-ventilador-mecanico-invasivo-desarrollado-por-mexicanos-para-hacer-frente-al-covid-19-250179?idiom=es>
- Secretaría de Salud, 2020, “Hospitales privados atenderán a pacientes del sector salud” México, <https://coronavirus.gob.mx/2020/04/21/hospitales-privados-atenderan-a-pacientes-del-sector-salud/>
- , “099. Disposiciones para la adquisición y fabricación de ventiladores, durante la emergencia de salud pública por coronavirus 2019 (COVID-19)” Comunicado de prensa, 06 de abril de 2020, <https://www.gob.mx/salud/prensa/disposiciones-para-la-adquisicion-y-fabricacion-de-ventiladores-durante-la-emergencia-de-salud-publica-por-coronavirus-2019-covid-19-239783>
- “Estrategia de Salud y SRE de combate al COVID-19”, *Prensa*, 17 de abril de 2020, <https://www.gob.mx/salud/prensa/estrategia-de-salud-y-sre-de-combate-al-covid-19>.

- , 2020, “Suman esfuerzos IMSS e INSABI para manejo integral hospitalario del paciente crítico por COVID-19” Comunicado de prensa, México, 09 de abril de 2020, <https://www.gob.mx/salud/prensa/suman-esfuerzos-imss-e-insabi-para-el-manejo-integral-hospitalario-del-paciente-critico-por-covid-19>
- , “154. Sector salud y expertos alemanes intercambian información sobre control de enfermedades”, *Prensa*, 22 de agosto de 2020, <https://www.gob.mx/salud/prensa/154-sector-salud-y-expertos-alemanes-intercambian-informacion-sobre-control-de-enfermedades?idiom=es>
- , “181. Acercamos servicios de salud a comunidades indígenas a través de brigadas”, *Prensa*, 28 de octubre de 2020, <https://www.gob.mx/salud/prensa/181-acercamos-servicios-de-salud-a-comunidades-indigenas-a-traves-de-brigadas?idiom=es>.
- , “A partir del 2 de diciembre, familiares de personas fallecidas por COVID-19 contarán con apoyo para gastos funerarios”, *Prensa*, 24 de noviembre de 2020, <https://www.gob.mx/salud/prensa/a-partir-del-2-de-diciembre-familiares-de-personas-fallecidas-por-covid-19-contaran-con-apoyo-para-gastos-funerarios?idiom=es>.
- , “248. Sector Salud incrementó número de camas para la atención de pacientes COVID-19”, *Prensa*, 16 de junio de 2021, <https://www.gob.mx/salud/prensa/248-sector-salud-incremento-numero-de-camas-para-la-atencion-de-pacientes-covid-19?idiom=es>.
- , “COVID-19 México Comunicado Técnico Diario”, 1 de septiembre de 2021, https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2021/09/2021.09.01_17h00_ComunicadoTecnicoDiario_Covid19.pdf

- Soto-Estrada, Guadalupe *et al.*, “Panorama epidemiológico de México, principales causas de morbilidad y mortalidad”, *Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM*, México, 2016, vol. 59, n°6, Noviembre-Diciembre de 2016, pp. 8-22.
- Olaiz-Fernández, Gustavo *et al.* (coords.), 2006, *Encuesta Nacional de Salud y Nutrición 2006*, México, Instituto Nacional de Salud Pública, https://www.insp.mx/resources/images/stories/Produccion/pdf/100722_cp3.pdf.
- Organisation For Economic Co-Operation And Development, *Health at a glance 2019*, Paris, 2019, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/4dd50c09-en.pdf?expires=1630708262&id=id&accname=guest&checksum=939A7A39C935492ECFF401085666483A>.
- Organización Mundial de la Salud, *Actualización de la estrategia frente a la COVID-19*, Suiza, OMS, 2020, https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/covid-strategy-update-14april2020_es.pdf.
- World Health Organization, *2019 Novel Coronavirus (2019-nCoV): Strategic preparedness and response plan*, Suiza, WHO, 2019, <https://www.who.int/publications/i/item/strategic-preparedness-and-response-plan-for-the-new-coronavirus>.
- Zamora-Rámirez, María Guadalupe *et al.*, “El impacto del cambio climático en la prevalencia del dengue en México”, *Revista Salud Jalisco*, México, año 7, núm. 3, septiembre-diciembre 2020, <https://www.medigraphic.com/pdfs/saljalisco/sj-2020/sj203e.pdf>.

**INFANCIAS TRANS, SU DERECHO HUMANO
A LA IDENTIDAD DE GÉNERO
EN MÉXICO Y EL CONTEXTO GLOBAL**

Roselia Rivera Almazán¹

I. INTRODUCCIÓN

Las infancias Trans, constituyen uno de los grupos que más padece la violencia de género, los infantes son vulnerables por el natural proceso de crecimiento, limitados en sus capacidades de expresión, inmersos en un proceso individual que va en contra de los dictados colectivos, sujetos a una potestad adulta. En la sombra del silencio, invisibles son vulnerados en sus derechos humanos; a la identidad de género, al libre desarrollo de la personalidad, su desarrollo integral y demás que son interdependientes.

Durante la infancia, la mayoría de las personas Trans descubren que lo son, cuando la asignación sexual natural de nacimiento no guarda relación con la identidad o expresión de género con la que sienten o bien, desean pertenecer. Los derechos humanos de los infantes Trans, son violentados principalmente por los integrantes de la familia, bajo modelos de crianza adultocéntrica represiva², pretenden que los infantes se identifiquen bajo un modelo binario, en los que sólo existan hombres y mujeres, con la construcción de género alineado a su sexo y vinculados en relaciones heterosexuales.

¹ Doctora en Derecho, Profesora Investigadora de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado Morelos, correo electrónico roselia.rivera@uaem.mx, número de teléfono (52)777 303 34 93.

² La crianza adultocéntrica represiva se funda en la represión. Su teoría es el control absoluto para que los niños y adolescentes, sin reconocimiento como titulares de derechos: hagan, alcancen, esperen, necesiten, sientan, les guste y sean aquello que los adultos cuidadores les imponen.

En los puntos desarrollados, multidisciplinariamente se aborda a las infancias Trans; se establecen problemáticas específicas de este grupo, evidenciando que son un grupo violentado e invisibilizado, que tienen la necesidad de que sus derechos humanos se resguarden principalmente por los adultos que se encuentran a su cargo como progenitores o tutores, así como por el Estado en diversos ámbitos como el familiar, escolar, social. Por otra parte, los resultados nos permiten advertir que es necesario desarrollar más y mejores mecanismos para apoyar la defensa del derecho a la identidad de género en las infancias Trans. En términos generales los planos normativos nacionales y globales, resguardan el derecho humano a la identidad de género en las infancias Trans, pero aún no se materializan eficientemente. Existen tareas pendientes para desarrollar mejores mecanismos de garantía de su derecho humano a la identidad de género, la violencia que sufre la comunidad LGTBTTTIQ+³ es parte de lo que no se atendió desde la infancia. Los infantes Trans, requieren además de registro de nombre y género según su identidad, la extensión de atención a los derechos humanos interdependientes, bajo el anhelo de una mejor forma de vida en una sociedad incluyente que se construirá con las acciones que se emprendan para atenderlos.

II. LA INFANCIA DESDE UNA VISIÓN MULTIDISCIPLINARIA

Para la Real Academia Española la infancia es, “el período de la vida humana desde el nacimiento hasta la pubertad”⁴. Por otra parte, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), que es el organismo internacional promotor de los derechos de los niños, utiliza el enfoque conceptual de la infancia también al lapso

³Lesbianas, Gays, Bisexuales, Travestis, Transgénero, Transexual, Intersexual, Queer y aquellas que surjan.

⁴ Real Academia Española. En <https://dle.rae.es/infancia>, fecha de consulta: diciembre de 2021.

de tiempo de crecimiento, pero enfatiza que más que tratarse del tiempo previo a llegar a la edad adulta, es importante por los requerimientos que se tienen durante este periodo al que se debe dedicar mayor cuidado y atención, por ser la base del desarrollo humano, bajo la consideración de Silvana V. Abud, quien de una manera sencilla, considera que la infancia es:

...la época en la que los niños y niñas tienen que estar en la escuela y en los lugares de recreo, crecer fuertes y seguros de sí mismos y recibir el amor y el estímulo de sus familias y de una comunidad amplia de adultos. Es una época valiosa en la que los niños y las niñas deben vivir sin miedo, seguros frente a la violencia, protegidos contra los malos tratos y la explotación. Como tal, la infancia significa mucho más que el tiempo que transcurre entre el nacimiento y la edad adulta. Se refiere al estado y la condición de la vida de un niño, a la calidad de esos años⁵.

La estructura del concepto anterior es sencilla, pero al mismo tiempo nos permite ir más allá de una idea de temporalidad, descompone en partes el concepto de infancia, refiriéndose a diversas necesidades en áreas que son importantes para cada individuo dentro del lapso de tiempo que de modo general se ha establecido. Otro aspecto importante es que incorpora en el concepto la importancia de lo que la persona siente en planos o áreas específicas como la escolar, la del desarrollo físico, el mental y emocional, se refiere a la seguridad, así como a la calidad de vida durante esta temporalidad. En este sentido la calidad de vida de un niño se relaciona con garantizarle que estará libre de violencia en esas diversas áreas para que se sienta aceptado. Conforme a lo anterior, es determinante la actitud con la que cada familia, sociedad, escuela e institución,

⁵ Abud Rodríguez, Silvina V., “Infancia, niñez en riesgo, vulnerabilidad infantil ¿qué reflejan estos conceptos?”, *Omnia. Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta*, Argentina, número 1, 2018, pp. 51-62.

visibiliza e incorpora a los infantes, bajo cualquier condición o circunstancia que presente y desarrollan mecanismos para garantizar su seguridad.

Por su parte, el enfoque de Amnistía Internacional confirma que; “la infancia, es más que el tiempo que transcurre entre el nacimiento y la edad adulta, se refiere al estado y la condición de la vida de un niño: a la calidad de esos años. La infancia implica un espacio delimitado y seguro, separado de la edad adulta, en el cual los niños y las niñas pueden crecer, jugar y desarrollarse”⁶. Como puede apreciarse, de nueva cuenta resalta la importancia en la calidad de vida bajo seguridad que requerimos los seres humanos antes de convertirnos en adultos.

La Convención sobre los derechos del niño, en su Artículo 1, 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”⁷. Bajo los términos anteriores, si eres un menor de dieciocho años, o un menor de edad según la norma de cada país, entonces eres un niño. La consideración conceptual de infancia, bajo el instrumento internacional que más países han suscrito y que es base para atender las necesidades de infantes o niños, está sujeto al rango de edad de dieciocho años, es decir, que, como criterio internacional basados en esta temporalidad de dieciocho años se determina si una persona es niño/infante o bien adulto, entonces el concepto desde este plano es limitado, pierde fuerza en esencia y se constriñe a lapsos comprobables por edad alcanzada.

Por su parte, la Oficina de Educación y Cultura de la Organización de los Estados Americanos (OEA), apoyada en la disciplina de neuroeducación aborda a la infancia, para considerar que la infan-

⁶Amnistía Internacional Cataluña. En <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/2/nin/inf-unicef.html>, fecha de consulta: Noviembre 2021.

⁷ 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 Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

cia se compone de etapas, existe una primera etapa a la que se conoce como; primera infancia que abarca desde el nacimiento hasta los ocho años de edad, considerándose la etapa más importante por las siguientes razones:

La primera infancia marca el periodo más significativo en la formación del individuo, puesto que en ella se estructuran las bases del desarrollo y de la personalidad, sobre las cuales las sucesivas etapas se consolidarán y se perfeccionarán. Es justamente en esta etapa que las estructuras neurofisiológicas y psicológicas están en pleno proceso de maduración y en este sentido, la calidad y cantidad de influencias que reciban los niños y niñas del entorno familiar, socioeconómico y cultural los moldearán de una forma casi definitiva⁸.

La misma neuroeducación considera que en la primera infancia es determinante que se atiendan tres elementos básicos; el sueño, la nutrición y el afecto que reciben. Resulta de suma importancia que desde la neuroeducación se establece como elemento de peso, el afecto que un infante recibe, en este sentido, es necesario replantear los modelos de educación familiar e institucional con enfoque directo en el afecto que un ser humano recibe en esta etapa. La misma OEA citó reflexiones que recabó desde la voz de los niños que señalaron: “Lo que pase en mi primera infancia me dejará huellas para toda mi vida. Hay huellas y cicatrices que no se ven, esas son resultados de mis experiencias emocionales, afectivas. Cuida que mis huellas sean positivas”⁹.

Disciplinas como la sociología refuerzan la idea de que a la infancia se le debe analizar por etapas, acepta la existencia de una primera y segunda infancia, ésta última puede abarcar entre los seis

⁸ Organización de los Estados Americanos, *Primera Infancia: Una mirada desde la neuroeducación*, (Materiales para uso en los medios de comunicación, abogacía y sensibilización), 2010, OEA, p.46.

⁹ *Ibíd.*, p. 69.

a los doce años, “en este periodo se conforma la estructura de autoestima que se desarrolla a partir de 5 componentes: autoconcepto, autoimagen, autoaceptación, autorespeto y autoconocimiento”¹⁰.

Existe una tercera etapa, a partir de los doce años, cuando concluye la segunda infancia, conocida como adolescencia que a su vez termina al cumplir los dieciocho años. La adolescencia es: “la etapa de moratoria social y de crisis previa a la vida adulta... La teoría normativa referente a la adolescencia la considera una etapa universal del desarrollo mental y biológico, en donde los entramados culturales y sociales de emergencia del fenómeno son desplazados a un lugar secundario”¹¹. Conforme al señalamiento anterior, la adolescencia resulta la última oportunidad de preparar al futuro adulto, quien quedará estructurado como ente individual con las fortalezas y debilidades que se forjaron con la influencia de otros, bien sea su familia, escuela o su sociedad.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), como el organismo internacional que marca las directrices en el ámbito de la salud en el mundo, considera que dentro de la infancia se incluye a la última etapa de crecimiento conocida como adolescencia que “se produce después de la niñez y antes de la edad adulta, entre los 10 y 19 años. Es una etapa en la que lo único constante es un ritmo acelerado de crecimiento y cambio para lograr la maduración física, sexual, psicológica (cambio de pensamiento de concreto a abstracto) y desarrollo de identidad”¹², conforme a las cifras del Censo de

¹⁰ Moyano Moyano, Mario Eduardo, *et al.*, *Guía para trabajar la autoestima a través de técnicas cognitivo-conductuales aplicadas a la segunda infancia*, 2020, Universidad del Azuay, Ecuador, Tesis de Licenciatura en Ciencias de la Educación con mención psicológica terapéutica, Facultad de Filosofía, letras y ciencias de la educación, Escuela de Psicología Educativa Terapéutica, p.1.

¹¹ Urteaga Castro-Pozo, Maritza, *Adolescencia y juventud: reposicionamientos teóricos*, Investigaciones Sociales, Vol.22, Número 40, Perú, 2019, pp.59-72.

¹² Ordonez-Azuara, Yeyetsy, *et. al.*, “Análisis Hermenéutico de los dilemas bioéticos en la atención médica de los adolescentes en México”, *Revista Iberoamericana de Bioética*,

Población y Vivienda 2020, en México son 31, 221, 786 los jóvenes de entre 15 y 29 años, representan el 24.8% de la población total¹³, por lo tanto, constituyen un grupo etario de dimensiones importantes que requiere atención especializada.

Por otra parte, desde la disciplina jurídica, el resguardo de las diversas etapas que componen la infancia, es una carga que recae en los adultos a cargo del infante, les confiere a los adultos el derecho a decidir por los infantes quienes tienen limitantes en el ejercicio de la mayoría de sus derechos, pero llegada la mayoría de edad, se pueden ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones directamente porque se convierten en individuos directamente responsables, pues para el sistema jurídico ya se adquirió la madurez.

El plano jurídico toma como base, el cumplimiento de la edad de dieciocho años para ser adulto, por la necesidad oficial de hacer la vida más práctica al sistema, sin embargo, considerar que la infancia termina por llegar a una edad, es un criterio hegemónico que deja a un lado el análisis de cada caso sobre la madurez y los procesos de conformación de la identidad. En este sentido, en el siguiente punto se advertirán problemáticas que se ligan a la infancia.

III. PROBLEMÁTICAS QUE ACOMPAÑAN A LA INFANCIA

Las problemáticas que acompañan a la infancia, pueden analizarse desde un plano multidisciplinar, por ejemplo, desde la biología, la medicina, la psicología, las neurociencias, el derecho y otras que sean base del planteamiento de su complejidad. Por otra parte, debe considerarse que los seres humanos debemos ser visualizados desde nuestras particularidades, diferencias y necesidades. En este sentido, el primer enfoque disciplinar será el del derecho.

Número 9, 2019, pp. 1-11.

¹³ Navarrete López, Emma L., “Los jóvenes en el censo 2020, ¿Cuántos y Quiénes son?”, *Coyuntura Demográfica. Revista sobre los procesos demográficos en México Hoy*, México, número 20 Julio/diciembre 2021, pp.59-66.

El criterio que prevalece en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), es que el Estado debe “velar y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos... Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”¹⁴, además en diferentes ramas del derecho, se contemplan regulaciones especiales.

Dentro de las ramas del derecho que contemplan regulaciones especiales se encuentran; el derecho familiar que garantiza de manera preferente las necesidades alimentarias de los menores de edad o infantes, también desde los instrumentos internacionales se considera que los infantes deben ser escuchados en los procedimientos judiciales en donde tengan intereses, en los casos relacionados con su custodia o el régimen de visitas con sus padres; en el derecho penal los infantes reciben un tratamiento diferenciado cuando entran en conflicto con la ley, incluso se les considera inimputables; en el área civil, la capacidad para que los actos que realiza produzcan consecuencias jurídicas, se adquiere con la mayoría de edad que para el caso de México es a los dieciocho años; en el área laboral existe prohibición para que los menores de quince años trabajen, entre otros aspectos de consideración especial.

Los infantes enfrentan la circunstancia de no poder ejercitar sus derechos por sí mismos, sino que dependen de la persona adulta que ejerce la patria potestad sobre ellos o de su tutor. Puede considerarse que los límites de los infantes encuentran justificación en disciplinas como la antropología y la perspectiva evolutiva bajo la premisa de que “los niños humanos son los más indefensos de todas las crías de primates, maduran muy despacio y dependen de forma extrema de sus progenitores durante más años que ninguna otra especie”¹⁵.

¹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 4°.

¹⁵ Mateos Cachorro, Ana, “*Homo Infans*, las ventajas de crecer y madurar despacio”, *Investigación y ciencia*, Número 506, 2018, pp. 40-48.

La indefensión natural de los menores de edad los lleva a depender de adultos, de tal forma que estos deciden por los infantes y se presume que buscan la seguridad de estos. La problemática se presenta dependiendo del tipo de adulto que tomará las decisiones sobre el menor, surgiendo la duda razonable sobre la genuina capacidad del adulto y sobre la toma de las mejores decisiones para garantizar el interés superior de menor y su desarrollo integral.

El mismo enfoque evolutivo, considera que en la infancia las personas encuentran grandes áreas de oportunidad, ya que “durante esta etapa se adquiere un cerebro voluminoso, una cognición compleja y el fomento de la cooperación”¹⁶. La infancia, representa un momento de riesgo ante la indefensión, pero al mismo tiempo representa un lapso en donde las personas tienen la oportunidad de desarrollar la fortaleza mental que se relacionará con el manejo y control de sus emociones, mismas que influirán en sus acciones.

La infancia representa una etapa de construcción, según la forma en que se vive la infancia se vivirá en el futuro y se desarrollan las capacidades para cubrir las diversas necesidades, traspasa la esfera individual para impactar en lo colectivo, por ello es importante que se desarrolle en contextos en los que se garantice el acceso a sus derechos humanos. En este sentido, el derecho debería ser el mecanismo para garantizar el mayor número de derechos humanos a los infantes, ya que se traduce en un beneficio para la sociedad.

Desde la sociología, se plantea abordar con mayor detenimiento el tema de la infancia en la investigación científica, por eso se creó la subespecialidad denominada sociología de la infancia, dedicada a “reconocer a los niños como objeto de estudio en sí mismo. Considerando a los niños y niñas como actores sociales, lo que implicó asumir que ellos están condicionados socialmente, y a su vez el mundo infantil produce impactos en el sistema social más general”¹⁷.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ López-Gutiérrez, Juan Carlos y Torres Vinuesa, Jorge, “Sociología de la infancia y la emergencia de un campo científico: revisión sistemática”, *Ecos de la academia*, Ecu-

La sociología de la infancia considera que, como objeto de estudio deben abordarse las situaciones individuales de cada niño, esto implica tomar en consideración las necesidades especiales que tiene durante su proceso, incluyendo aquellas que inciden en la conformación de la personalidad, así como las que impactan en la conquista de su mayor bienestar, reconociendo que cada infante dependerá de la forma en que es tratado, este tratamiento determina la manera en que se estructura una sociedad.

Los infantes y la manera en que viven su proceso de crecimiento necesitan ser reconocidos como la causa que determina el comportamiento de una sociedad. Actualmente existen altos niveles de violencia en el mundo y los infantes no escapan a esa realidad. El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) señala que “300 millones de niños de 2 a 4 años en todo el mundo (3 de cada 4) son habitualmente víctimas de algún tipo de disciplina violenta por parte de sus cuidadores. Violencia que está justificada por más del 1 de cada 4 adultos que tienen niños a su cuidado y que afirman que el castigo físico es necesario para educarlos adecuadamente”¹⁸.

La dificultad para identificar la violencia que viven los infantes está relacionada con las construcciones culturales, la crianza con violencia se acepta y normaliza bajo la idea de que los progenitores deben corregir a sus hijos, así, la crianza y sus modelos quedan entre las paredes de cada hogar. Se suma a lo anterior que los infantes tienen limitaciones para expresarse, aún no han desarrollado toda su capacidad para estructurar sus argumentos, no siempre se reconocen como seres con derechos, no pueden defenderse, ante ello, se presenta el hermetismo de las víctimas de violencia infantil y sin

dor, Número 11, Volumen 6, Junio 2020, pp. 9-19.

¹⁸ Almudena Olaguibel, Violencia infantil: una realidad demasiadas veces silenciada, Unicef, en <https://www.unicef.es/blog/violencia-infantil-una-realidad-demasiadas-veces-silenciada>, fecha de consulta: Diciembre 2021.

denuncia se ha generado la falsa idea de que no existe violencia. En estos términos, la violencia en la infancia existe pero es subestimada ante la dificultad para reconocerla, expresarla y atenderla¹⁹.

Si bien es cierto, las adversidades que enfrenta la infancia son multifactoriales y diversas, en el presente trabajo la atención se enfoca en las infancias Trans, razón por la que por cuestión de método continuaremos en el siguiente punto con las implicaciones, significado y atención de las personas Trans en diversas disciplinas e ideario colectivo.

IV. PERSONAS TRANS EN EL IDEARIO MULTIDISCIPLINAR Y COLECTIVO

En la disciplina jurídica mexicana, la condición Trans, se relaciona con la identidad de género que es un derecho fundamental²⁰. Las razones de la consideración jurídica se refuerzan con la psicología, desde donde la identidad es una parte inseparable del ser humano que necesita auto-comprenderse y saber cuál será su rol dentro de su entorno social. Autores como Giddens, Giménez y Castells, sobre la identidad, para ellos es:

...un intento del individuo por construir reflexivamente una narrativa personal que le permita comprenderse a sí mismo y tener control sobre su vida y futuro en condiciones de incertidumbre. No puede verse separado de la noción de cultura, ya que las identidades sólo pueden formarse a partir de las diferentes culturas y subculturas a las que se pertenece o en las que se participa. Es la construcción de sentido, atendiendo a uno o varios atributos culturales, priorizándolos del resto de atributos, que se construye por el individuo y representa su autodefinición²¹.

¹⁹ Cfr. UNICEF, Panorama Estadístico de la violencia contra Niñas, Niños y Adolescentes en México, 2019, p. 11.

²⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 4°.

²¹ Giddens, Giménez y Castells en: Vera Noriega, José Ángel, y Valenzuela

La identidad adquiere el valor de la individualidad, de aquello que nos vuelve únicos e irrepetibles, que nos separa de la masa para centrarnos en lo que cada ser humano tiene, en lo que se es, en lo que se siente, para después reflejarlo en las acciones. La identidad se relaciona con el género, a partir de que éste, es una construcción social, cultural que se elabora a partir de los genitales con los que las personas nacen.

Para Constance Penley, el término género es visto como; “una forma de referirse a los orígenes sociales de las identidades subjetivas de hombres y mujeres y de enfatizar un sistema total de relaciones que pueden incluir al sexo, pero que no está directamente determinado por el sexo o determinando la sexualidad”²².

La construcción de género es colectiva, la identidad es individual, no obstante, son agregados naturales del ser humano, vinculados construyen la identidad de género que, para las instancias oficiales mexicanas, es:

El concepto que se tiene de uno mismo como ser sexual y de los sentimientos que esto conlleva; se relaciona con cómo vivimos y sentimos nuestro cuerpo desde la experiencia personal y cómo lo llevamos al ámbito público, es decir, con el resto de las personas. Se trata de la forma individual e interna de vivir el género, la cual podría o no corresponder con el sexo con el que nacimos. Existe diversidad de identidades de género, habitualmente consideramos a las que se atribuyen a las mujeres y hombres. Sin embargo, la identidad de género es independiente a la orientación sexual, se refiere a las formas en las que una persona se autodenomina y se

Medina, Jesús Ernesto, El Concepto de identidad como recurso para el estudio de transiciones, *Psicología & Sociedades* 24, no. 2 (2012) pp. 272-282.

²²Penley Constance en “Usos, dificultades y posibilidades de la categoría “género”, en Lamas Martha (comp.), *El Género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Universidad nacional Autónoma de México/Porrúa, p. 351.

presenta a las demás, incluye la libertad de modificar la apariencia o la función corporal a través de roles sociales de género, técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole²³.

La identidad y expresión de género se proyectan en las personas travestis, transexuales, transgénero, existen otras variantes, sin embargo, nos referiremos a las tres anteriores. La persona Travesti: “Expresa su identidad de género ya sea de manera permanente o transitoria mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo”²⁴.

Las personas Transexuales y Transgénero, “se sienten y conciben dentro del género y sexo opuesto al que les fue asignado en el momento de nacer, por ello se practican intervenciones hormonales y quirúrgicas modificando su cuerpo. Las personas Transexuales llevan su modificación a los órganos sexuales para que su cuerpo encuadre con su identidad”²⁵. El término Trans “engloba a las personas cuya identidad y/o expresión de género es diferente de las expectativas culturales basadas en el sexo que se les asignó al nacer”²⁶.

Las personas Trans, están sujetas a una serie de prejuicios, estereotipos y relaciones asimétricas en la sociedad, por ello se considera que: “están invisibilizadas, estigmatizadas y su realidad es, muchas

²³ Cfr. Secretaría de Gobernación, Gobierno de México, mayo 2016, en <https://www.gob.mx/segob/articulos/que-es-la-identidad-de-genero>, fecha de consulta: Noviembre 2021.

²⁴ Ídem

²⁵ García, Luis, ¿Cuál es la diferencia entre transgénero y transexual?, en <https://www.homosensual.com/lgbt/trans/cual-es-la-diferencia-entre-transgenero-y-transexual/>, fecha de consulta: Diciembre 2021.

²⁶ Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Trans, Bisexuales, Intersexuales y más. En <https://felgtb.org/quienes-somos/>, fecha de consulta: Octubre 2021.

veces, desconocida para la sociedad. Suelen ser víctimas de violencia y discriminación, lo que las convierte en personas especialmente vulnerables en el ámbito laboral, sanitario y social”²⁷.

El término asignado a las personas Trans desde la Organización Mundial de la Salud, presenta cambios, actualmente se considera que tienen una condición relacionada con la salud sexual, pero que no se trata de un trastorno mental y de comportamiento y se le asignó el término de incongruencia de género²⁸. Atendiendo a lo anterior, la terminología médica nos obligaría a sustituir la palabra Trans por la de incongruente de género, sin embargo, en el ideario colectivo y multidisciplinar los refieren como personas Trans. A su vez, la pedagogía en conjunto con el trabajo social, proponen abandonar el concepto Trans para utilizar “creatividad de género”, bajo la premisa de que la identidad de un ser humano se construye, hay cambios constantes, aunado a que no se trata de procesos definitivos²⁹. Otra postura a considerar, es la que señala que las personas Trans son en realidad negacionistas de la identidad de género³⁰, tal negación ocurre mayoritariamente en la infancia en la que se rebelan ante los estándares que marca la sociedad en la construcción de género.

Las recomendaciones de la disciplina médica, pedagógica, de trabajo social y otras, para asignar diferentes nombres a la condición Trans, son importantes para advertir que desde cada disciplina se tienen enfoques distintos, sin embargo, es práctico utilizar el término Trans, porque la sociedad empieza a reconocer el término, en

²⁷Ídem.

²⁸El Mundo, “La OMS cambia el término transexual por el de incongruencia de género”, 2019, en <https://www.elmundo.es/salud/2019/05/17/5cdeed63f-dddf987a8b45cb.html>, fecha de consulta: noviembre 2021.

²⁹Gallardo Nieto, Elena M., Espinosa Spíndola, María, “La creatividad de Género frente al sistema Sexo-Genérico”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, España, 2019, pp. 21-39.

³⁰Personas que no se establecen identificándose como hombre o mujer según su sexo.

algunos casos se están abriendo a la posibilidad de comprender el proceso de identidad en las personas Trans, por lo tanto, al nombrarlo de otras formas se agregaría una confusión más a la situación de origen que no hemos terminado de asimilar.

El ideario de diversas disciplinas y el colectivo sobre las personas Trans, coinciden en que estas personas se encuentran en condiciones de vulnerabilidad desde que son infantes, por lo tanto se abordará en el siguiente punto la violencia que sufren las personas Trans desde la infancia.

V. INFANCIAS TRANS, UN GRUPO VIOLENTADO QUE SE INVISIBILIZA

En la infancia no todos los sujetos responden a los mandatos socioculturales de género, rechazando comportamientos o roles en los que tradicionalmente la familia o la sociedad pretenden situarlos, esta práctica orientada al binarismo de género³¹ anula la libre expresión de las personas que no están conformes con los géneros establecidos socialmente. En este sentido, hay infancias que sufren ante la pretensión de ser sometidas a las construcciones de género, y se les conoce como infancias Trans.

El género se construye a partir de la genitalidad, y más allá de ser una construcción social, es un imperativo violento, al cual las personas deben someterse para identificarse y comportarse bajo los estereotipos de hombres o mujeres, de lo contrario se activan mecanismos que se traducen en violencia simbólica para someter a la persona³².

³¹Modelo que establece dos únicos géneros, el masculino y el femenino, asignados a los dos únicos sexos: femenino va unido al género mujer, y el masculino, al género hombre. Se excluyen personas con identidades o expresiones de género diferentes y a las personas con cuerpos no normativos según el modelo (como las personas intersexuales).

³²Cfr. Gallardo Nieto, Elena M., Espinosa Spíndola, María, *op. cit.*

Las personas Trans, experimentan planos de exclusión en las escuelas, el empleo, servicios públicos, en especial los de salud. La mitad de las personas Trans que reportaron violencia señalan que provino de algún familiar y existe una alta tasa de asesinatos transfóbicos en todo México, en el primer cuatrimestre de 2020 se registraron 20 transfeminicidios en México. Entre 2013 y 2019 fueron asesinadas³³ 590 personas de la comunidad LGBT+.

La menor complicación sería que una persona y más tratándose de un menor, se asumiera como hombre o mujer y siguiera los lineamientos tradicionales, sociales, morales, religiosos, etc. para ser aceptado en la sociedad, pero la representación de una farsa, también implica la renuncia a ser, a sentir, al libre desarrollo de la personalidad, violentando uno de los aspectos más íntimos de cualquier persona, su identidad.

La Encuesta Nacional sobre Discriminación por Motivos de Orientación Sexual e Identidad de Género (ENDOSIG) 2018, dirigida a mayores de 16 años que se autoidentifican como gays, lesbianas, bisexuales, Trans (transgénero, travestis, transexuales) y de otras identidades de género no normativas, evidenció que:

...uno de los grupos de la población que enfrenta mayor rechazo social, discriminación y violencia es el de las personas con una orientación sexual o identidad de género (OSIG) no normativa³⁴. Son frecuentemente rechazadas por sus familias y comunidades, son objeto de acoso y agresión en las calles, enfrentan obstáculos

³³ Cfr. Encuesta Nacional de Discriminación, Ficha Temática Discriminación por Identidad de género, Secretaría de Gobernación, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2017, p.3.

³⁴ OSIG no normativas, son personas que rompieron expectativas, ya que sus identidades y cuerpos no se ajustan al orden social imperante, se conocen como negacionistas del género, se les considera parte de la comunidad LGBT, LGBTTT, LGBTTTI, LGBTTTIQ, aunque estas diversidades no son limitativas y por ello se les conoce como OSIG, donde se incluyen todas las orientaciones sexuales e identidades de género no normativas, se trata de categorías protegidas contra la discriminación.

en los sistemas; educativo, de salud, y seguridad social, reciben un trato discriminatorio en el mercado de trabajo y en los servicios, y no reciben suficiente protección y reparaciones en el ámbito de la justicia...El 40 por ciento señaló que identificó su OSIG en la infancia, 23 por ciento en la adolescencia. Sin embargo, cerca de 40 por ciento también reportó que se sintió rechazada por sus padres en ambas etapas de la vida cuando descubrieron su identidad. En la familia y en la escuela es donde señalan vivir mayor discriminación y violencia³⁵.

Atendiendo las circunstancias de las personas OSIG no normativa, y bajo la interseccionalidad, ser infante con una identidad que no es congruente con su cuerpo, produce una vulnerabilidad especial, pues al encontrarse en pleno proceso de crecimiento, enfrentan rechazo y discriminación, por ello desde la infancia deben atenderse.

En México, el 50% de los infantes Trans son rechazados por sus familias al enterarse de su identidad de género y salen tempranamente del hogar. En casos extremos son obligados a recibir tratamientos psicoterapéuticos, se internan en clínicas o campamentos que buscan su conversión a una identidad aceptada. En suma, las infancias y adolescencias Trans padecen violencia, invalidación y segregación sistemática en todos los ámbitos de su vida; por el hecho de ser ellas y ellos mismos. A los infantes Trans no sólo los margina su familia, sino también el Estado, generando problemas de autoestima, autolesión, automutilación, abuso de sustancias, suicidios, y la ausencia de reconocimiento legal, refuerza su sufrimiento³⁶.

³⁵ Secretaría de Gobernación, *et. Al, Resumen ejecutivo de la Encuesta sobre Discriminación por motivos de Orientación Sexual e Identidad de Género 2018*, Instituto Nacional de Desarrollo Social, México p.2

³⁶Cfr. Zaldivar, Arturo, *Infancias trans: nada que curar*, Milenio, 2022, en <https://www.milenio.com/opinion/arturo-zaldivar/los-derechos-hoy/infancias-trans-nada-que-curar>, fecha de consulta: marzo 2022.

Save the Children, alerta que los infantes Trans, padecen mayor discriminación y violencia que el resto de la infancia, por lo que son especialmente vulnerables, por ello propone los siguientes ejes para su atención:

1. Garantizar que todos los ámbitos de la infancia sean entornos seguros, donde se respete la orientación sexual y la identidad de género.
2. Erradicar la Violencia para que se terminen los delitos de odio.
3. Impartir en todos los centros escolares educación afectivo-sexual con enfoque de género y diversidad.
4. Crear una Línea telefónica para atender a la infancia por este medio para orientar, informar y apoyar a la infancia.
5. Atender el servicio a las infancias de zonas rurales.³⁷

El promedio de edad para identificarse como persona Trans fue de 5.6 años, en un rango entre los dos y los diecisiete años³⁸. Entonces, para estar en posibilidad de atender a este grupo, deben generarse mediciones específicas en la infancia. Organismos internacionales apoyan la idea de que la generación de datos permite conocer la realidad de los infantes Trans, y eliminar la invisibilidad estadística de este grupo que ha sido históricamente excluido. “La falta de desagregación estadística en la categoría de género tampoco permite conocer experiencias vitales que suceden al margen de un sistema de género binario, con lo que se perpetúa la ausencia de mecanismos de garantía para la protección a sus derechos huma-

³⁷*Save the Children*: Los niños LGTBI tienen más riesgo de sufrir violencia, España, 2021, en <https://www.efe.com/efe/comunitat-valenciana/sociedad/save-the-children-los-ninos-lgtbi-tienen-mas-riesgo-de-sufrir-violencia/50000880-4573345>, fecha de consulta: Octubre 2021.

³⁸ Robles, Fresán, en Castilla Peón, 2019, infancias trans en la Ciudad de México: la antesala de la desjudicialización, en <https://economia.nexos.com.mx/infancias-trans-en-la-ciudad-de-mexico-la-antesala-de-la-desjudicializacion/>, fecha de consulta: octubre 2021.

nos”³⁹. Es decir, de la generación de información depende en gran medida el inicio de la atención de las necesidades en las infancias Trans y omitir generarla, perpetúa la transgresión a los derechos humanos de este grupo vulnerable.

Uno de los motivos por los que es determinante atender las necesidades en los infantes, recae en la premisa; “infancia es destino... esta frase freudiana, citada en varios contextos, tal vez pueda ser tomada hoy no sólo como un estímulo de reflexión que permita la evolución del ser humano”⁴⁰. La esperanza de construir una mejor sociedad es posible y para lograrlo deben diseñarse estrategias de atención a los infantes Trans, deben conocerse las causas que hoy los impactan negativamente porque son un reflejo de la sociedad mexicana en la que existe violencia y discriminación. Trabajar a favor de las infancias Trans, puede incidir en la conformación de una mejor sociedad, en la que sus integrantes sean seguros, funcionales socialmente, pero sobre todo felices.

No escapa a la realidad que vivimos en México, la violencia en sus múltiples expresiones. En las infancias Trans, se presenta a manera de homofobia, bifobia y transfobia, por lo tanto, la reflexión tanto de la sociedad como de quienes se encuentran al frente de las instituciones del Estado debe dirigirse a la necesaria construcción de una cultura de no discriminación, en materializar la igualdad en la medida de lo posible, impactando en las funciones del Estado y en la política pública.

³⁹Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, *#Infancias Encerradas Reporte especial Niñez y adolescencia no binarias*, CDHCM, México, 2020, pp.12-13.

⁴⁰ García Hernández, Andrea, Hernández García Rebollo, Enrique, “Infancia es destino...”, *Revista Latinoamericana de Estudios sobre Cuerpos, Emociones y Sociedad*, Número 27, 2018, Argentina, pp. 50-61.

Analizar las infancias Trans, demanda apertura, sensibilidad, así como un enfoque multidisciplinario. Todo lo referente al estudio de este grupo, aparece como un terreno desértico y baldío.⁴¹ Esta ausencia se traduce en una forma de violencia desde el propio Estado, en la familia, en sus derechos humanos como la salud, la educación, el libre desarrollo a la personalidad, al desarrollo integral, a futuro en su derecho al trabajo y demás derechos que interdependientemente están presentes.

A pesar de lo anterior, la disciplina jurídica ha desarrollado mecanismos de protección al derecho humano a la identidad de género, incluyendo a las infancias Trans, por lo tanto, se analizarán en el siguiente apartado los contextos normativos mexicanos y globales.

VI. DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN INFANCIAS TRANS. MÉXICO Y CONTEXTO GLOBAL

Dentro de los mecanismos para proteger el derecho humano a la identidad de género en las infancias Trans en México, el plano normativo nos remite a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), que en su artículo 1º producto de la reforma de 2011, incorporó el criterio de interpretación conforme, el principio pro persona, el control difuso, estableció los principios de los derechos humanos, así como la prohibición de discriminar por género y edad, entre otros aspectos.

El artículo 1º de la CPEUM establece la prohibición de discriminar por género o edad, entonces el resguardo de los derechos humanos en las infancias Trans inicia desde ese dispositivo, el resguardo normativo se amplía a la infancia toda vez que el artículo 4º de la CPEUM, reconoce el derecho humano a la identidad, además señala que: “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garan-

⁴¹ Gavilán Macías, Juan, *Infancia y transexualidad*, España, Ediciones Octaedro, 2018, pp. 11-13.

tizando de manera plena sus derechos, ...y que el Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”⁴². Por lo tanto, el derecho humano a la identidad de género en las infancias Trans, cuenta con la más alta protección de las normas mexicanas y es fundamental.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación garantiza el orden constitucional mediante sus resoluciones, soluciona definitivamente asuntos de trascendencia social, imparte justicia al más alto nivel y por encima de ella no existe otra autoridad, ni recurso legal contra sus determinaciones⁴³, en la acción de inconstitucionalidad 73/2021, ante la imposibilidad de que las personas menores de edad pudieran solicitar la emisión de una nueva acta de nacimiento acorde a su identidad de género, fundamentados en Derechos de igualdad y prohibición de discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad personal, a la identidad sexual, a la identidad de género, a la propia imagen, a la intimidad, derechos de las niñas, niños y adolescentes, así como principio de interés superior de la infancia, resolvió que la limitación por edad “vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas menores de edad trans”⁴⁴.

La resolución citada anteriormente, es piedra angular para las subsecuentes luchas por garantizar de una mejor manera el derecho humano a la identidad de género en las infancias Trans, ya que aún existen varios aspectos de la identidad de género que no son atendidos y menos en los infantes, por ejemplo; la atención médica y los tratamientos para la hormonización, los procedimientos

⁴² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 4°.

⁴³ ¿Qué es la Suprema Corte de Justicia de la Nación?, en <https://www.scjn.gob.mx/conoce-la-corte/que-es-la-scn#::~:~:text=Tiene%20entre%20sus%20responsabilidades%20defender,asuntos%20que%20son%20de%20gran>, fecha de consulta: Noviembre 2021.

⁴⁴ Acción de Inconstitucionalidad 73/2021. En <https://www.cndh.org.mx/documento/accion-de-inconstitucionalidad-732021>, fecha de consulta: Marzo del 2022.

quirúrgicos en hospitales públicos para la reasignación de sexo, las garantías para la no discriminación en la familia, escuelas, en los espacios públicos, en un futuro en el trabajo, y en la sociedad en general, garantizando de manera eficiente el interés superior; el desarrollo integral y todos los derechos humanos que progresiva e interdependientemente están alrededor de las infancias Trans.

Por otra parte, existen desarrollos a nivel local como la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (NNyA) de la Ciudad de México, que en su artículo 7 establece que el interés superior es:

El derecho sustantivo que exige adoptar un enfoque proactivo basado en los derechos humanos, en el que colaboren todos los responsables de garantizar el bienestar, físico, psicológico, cultural y espiritual de manera integral de niñas, niños y adolescentes, el respeto a su sexualidad y sano desarrollo psicosexual, así como reconocer su dignidad humana. Asimismo, debe ser considerado como principio interpretativo fundamental y como una norma de procedimiento siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a una niña, niño o adolescente en concreto⁴⁵.

A nivel federal, México cuenta con la Ley General de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, cada entidad federativa tiene su Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. El resguardo jurídico de los derechos de infancias Trans se refleja en algunas políticas públicas y programas implementados en la Ciudad de México, que fue la primera entidad en reconocer jurídicamente la identidad de las personas transgénero en 2015; estableció lo que se entiende por identidad de género y es tendencia para que en otros estados se emitiera la Ley de Identidad de Género, en los Estados de Jalisco, Oaxaca, Chiapas y Morelos, esperando que Puebla, junto a

⁴⁵Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México.

otros se integren a la lista⁴⁶ Estas leyes permiten a infantes de doce años en adelante, realizar el trámite administrativo para regularizar sus actas de nacimiento conforme a su identidad de género.

Cabe destacar que la sociedad civil organizada, ha mantenido una permanente lucha en defensa de los derechos humanos de las personas Trans, y otras con enfoque directo sobre los infantes Trans, por ejemplo: en 2018 creó el Manual Circular para Familias Trans, dirigido a mamás y papás de hijas e hijos trans⁴⁷.

El marco normativo global que resguarda los derechos de la infancia involucra a la Convención sobre los Derechos del Niño, que además de ser vinculante para México, es el primer instrumento internacional en considerar a los niños como sujetos titulares de derechos plenos, resguarda a las infancias Trans en sus artículos; 3 sobre la primordial atención al interés superior del niño, así como la obligación del Estado para asegurar protección y cuidado necesarios para su bienestar; el 8. 1 respecto al compromiso del Estado para respetar el derecho del niño a preservar su identidad; el 12 para dar en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte; el 13 sobre la libertad de expresión y el compromiso de los Estados Partes, respetando el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión⁴⁸.

En el plano normativo global regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resguardó el derecho humano a la identidad de género en las infancias Trans en la opinión consultiva 24/2017, donde entre otros puntos reconoció lo siguiente:

⁴⁶Estados que reconocen las infancias Trans, en <https://www.homosensual.com/lgbt/trans/mexico-estados-que-reconocen-a-las-infancias-trans/>, fecha de consulta: Marzo 2022.

⁴⁷Manual circular para familias Trans, en https://charlasgenero.colmex.mx/wp-content/uploads/2018/10/manual_trans_quiroz.pdf, fecha de consulta: Diciembre 2021.

⁴⁸Convención sobre los Derechos del Niño.

Que la orientación sexual, identidad y expresión de género son categorías protegidas por las garantías de igualdad y no discriminación; el derecho a una rectificación integral de los registros públicos ajustándolos a la identidad de género auto-percibida derecho al nombre; al reconocimiento de la personalidad jurídica, la privacidad, al libre desarrollo de la personalidad; desarrollo el concepto de identidad de género y consideró que quien asume su identidad de género es titular de intereses jurídicamente protegidos que no pueden restringirse, sólo porque el conglomerado social no comparte estilos de vida, por miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables... Los Estados están obligados a reconocer, regular y establecer los procedimientos de rectificación de registros públicos correspondientes de manera sencilla (confidenciales; rápidos, de bajo costo; no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales) prohibiendo solicitar requisitos irrazonables o patologizantes, como certificaciones médicas o psicológicas o informes policiales). Asimismo, señaló que dichos procesos debían estar a disposición de niños y adultos⁴⁹.

La resolución constituye un avance en defensa de los derechos de las infancias Trans, y si bien está centrada en el procedimiento para ajustar el nombre y género en su acta de nacimiento, asimismo es promotora de la inclusión sociocultural, busca el reconocimiento legal de la identidad de género

La esencia de la defensa del derecho humano a la identidad de género en las infancias Trans, debe plantearse conforme al principio de interés superior del menor, su desarrollo integral y demás derechos humanos, especialmente porque el infante, debe ser escuchado en los procesos jurídicos en donde tengan involucrados intereses,

⁴⁹Opinión consultiva sobre identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, (2017), OC-24 / 17, en <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2018/opinion-consultiva-sobre-identidad-genero-igualdad-y-no-discriminacion-parejas-del#:~:text=El%2024%20de%20noviembre%20de,no%20discriminaci%C3%B3n%20de%20la%20Convenci%C3%B3n>, fecha de consulta: Diciembre 2021.

de tal forma que la defensa de sus derechos humanos será determinante para su futuro. Esta visión implica que el sistema jurídico modifique la visión adultocéntrica imperante en la sociedad⁵⁰. Así, una vez desarrollados los puntos previos, se formulan las siguientes conclusiones:

VII. CONCLUSIONES

El recorrido realizado en el presente trabajo, permite comprender que el concepto de infancia en sí mismo que es sencillo... eres infante si eres menor de edad. La trascendencia de la infancia a través del enfoque multidisciplinario de su concepto, radica en reconocer todos los procesos que ocurren en ella, bajo una particular vulnerabilidad. La conformación de la identidad de género es sólo uno de ellos, con mayores necesidades para quienes tienen una condición Trans.

La infancia se compone de etapas, en cada una de ellas existe indefensión natural porque aún no se ha madurado, los niños dependen de los adultos que se encuentra a su cargo, la calidad de atención, aceptación y afecto que reciben de sus cuidadores adultos, determina en gran medida el resguardo o la transgresión de sus derechos humanos. Los adultos dejan huella en la vida de los infantes y son un reflejo de la sociedad a la que pertenecen.

Las normativas mexicana y global, resguardan el derecho humano a la identidad de género de infantes Trans, existen avances considerables como el hecho de que los infantes puedan realizar cambios en sus actas de nacimiento, sin embargo, la identidad tiene otros componentes y no sólo recae en el ajuste de sus documentos, las necesidades que tienen como la de autopercepción los lleva a una búsqueda incesante por parecerse al modelo que en determinado momento quieren alcanzar y para ello requieren de procedimientos

⁵⁰ Sánchez Freyre, Juan Manuel, "La mayoría de edad como requisito para la rectificación registral del sexo y el nombre: una cuestión de derechos fundamentales", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 14, 2018, pp. 39-52.

hormonales o quirúrgicos, además de otros soportes, en tiempos específicos del crecimiento.

En búsqueda de alcanzar un mayor resguardo al derecho humano a la identidad de género en infancias Trans, se ubican como principales obstáculos para la eficacia de la normativa existente, la sujeción de los infantes a una potestad adulta, así como el hecho de que la información y estudios sobre éstas, son escasos. En México, se encuentra pendiente generar información, sobre la cifra actual de este grupo, la situación sobre los procedimientos para suspender la patria potestad, a padres o tutores de este tipo de infantes, la atención a nivel de la salud mental en estas infancias, así como el porcentaje de infantes que se encuentran en espera de iniciar tratamientos médicos que les permitan el cambio que logre la congruencia entre lo que tienen en la parte física y la forma en la que se sienten, se ven y se perciben.

La realidad social de las infancias Trans se visibiliza poco, aunado a que tienen dificultades para expresar su condición, carecen de espacios familiares, sociales, escolares, institucionales, etc. exclusivos para plantear sus necesidades. En México los mecanismos de garantía del derecho humano a la identidad de género en las infancias Trans empiezan a desarrollarse, sin embargo, no son suficientes, considerando los múltiples requerimientos que tiene este grupo. La información analizada nos permite concluir que las infancias Trans, sufren violencia de diferentes maneras.

No es suficiente que el Derecho humano a la identidad de género en las infancias Trans se encuentre reconocido en instrumentos normativos nacionales y globales. Los derechos humanos involucrados en la identidad de género de los infantes Trans, tienen varios debates jurídicos pendientes, como las consecuencias para los padres que omiten apoyar a sus hijos en los procesos de hormonización o quirúrgicos, cuando existe la necesidad del menor por insertarse bajo una identidad o expresión de género, por ello deben surgir estudios cada vez más especializados para atender las necesidades las infancias Trans.

La reciente resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, permitirá plantear nuevas pretensiones a favor de las infancias Trans, toda vez que el derecho humano a la identidad, involucra no sólo el nombre de las personas, sino aspectos relacionados con su imagen, su auto percepción, e inherentemente su derecho a la salud en todas sus esferas bajo el acompañamiento médico especializado.

Finalmente, los infantes Trans, ven trastocados sus derechos humanos de manera sistemática; a la identidad de género, a la salud en su nivel biológico, psicológico y social, al libre desarrollo de la personalidad, su desarrollo integral, a desarrollarse en una familia amorosa en donde sean respetados, con apoyo para enfrentar el plano educativo, institucional, en un futuro el laboral, así como todos aquellos en donde exista discriminación por su condición.

VIII. REFERENCIAS

- Canales Carrasco, S. I., Ramírez Silva, M. A, *Praxis disciplinar de trabajadores sociales orientadas en la intervención con niñez y adolescencia trans: En institución de la red del Servicio Nacional de Menores*, Repositorio de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Escuela de Trabajo Social, 2021.
- Cervantes Medina, Julio César, *Los Derechos Humanos de las Personas Transgénero, Transexuales y Travestis*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2018.
- Gallardo Nieto, Elena M., Espinosa Spíndola, María, “La creatividad de Género frente al sistema Sexo-Genérico”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, España, 17, 2019.
- Guartatanga Rodríguez, José Gerardo y Mena Brito, Teresa Estefanía, “*Guía para trabajar la autoestima a través de técnicas cognitivo-conductuales aplicadas a la segunda infancia*”, Tesis para obtener el título de Licenciado en Ciencias de la Educación, con

mención psicológica terapéutica, Facultad de Filosofía, letras y ciencias de la educación, Escuela de Psicología Educativa Terapéutica, Universidad del Azuay, Ecuador, 2020.

Gavilán Macías, Juan, *Infancia y transexualidad*, Ediciones Octaedro Andalucía - Ediciones Mágina, 2018.

Infancia es destino, Revista Latinoamericana de Estudios sobre Cuerpos, Emociones y Sociedad, No 27, año 10, Argentina, 2018.

Juan Gavilán Macías, *Infancia y transexualidad*, Ediciones Octaedro Andalucía, Ediciones Mágina, 2018.

López-Gutiérrez, Juan Carlos y Torres Vinuesa Jorge, “Sociología de la infancia y la emergencia de un campo científico: revisión sistemática”, *Ecos de la academia*, Ecuador, Número 11, Volumen 6, Junio 2020.

Ordóñez-Azuara, Yeyetsy, Martha Marcela Rodríguez Alanís, Raúl Fernando Gutiérrez Herrera, Rafael Aguilera Portales, y Norma Guadalupe López Cabrera. «Análisis hermenéutico de los dilemas bioéticos En La atención médica de los Adolescentes en México». *Revista Iberoamericana De Bioética*, número 9, 2019.

Organización de los Estados Americanos, *Primera Infancia: Una mirada desde la neuroeducación*, (Materiales para uso en los medios de comunicación, abogacía y sensibilización), OEA, 2010.

Penley Constance en “Usos, dificultades y posibilidades de la categoría “género”, en Lamas Martha (comp.), *El Género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Universidad nacional Autónoma de México/Porrúa. 2000.

UNICEF, *Panorama Estadístico de la violencia contra Niñas, Niños y Adolescentes en México*, 2019.

- Urteaga Castro-Pozo, Maritza, *Adolescencia y juventud: reposicionamientos teóricos*, Investigaciones Sociales, Vol.22 N. 40, Perú, 2019.
- Vera Noriega, José Ángel, y Valenzuela Medina, Jesús Ernesto, *El Concepto de identidad como recurso para el estudio de transiciones*, *Psicología&Sociedad* 24, no. 2, 2012.
- Sánchez Freyre, Juan Manuel, “La mayoría de edad como requisito para la rectificación registral del sexo y el nombre: una cuestión de derechos fundamentales”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, España, 2018.

1. LEGISLACIÓN

Convención sobre los Derechos del Niño.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México.

1. FUENTES INTERNET

Real Academia Española. En <https://dle.rae.es/infancia>.

Abud Rodríguez, Silvina V., *Infancia, niñez en riesgo, vulnerabilidad infantil ¿qué reflejan estos conceptos?*, Omnia. Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta, Argentina.

Amnistía Internacional Cataluña. En <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/2/nin/inf-unicef.html>.

CNDH llama a Congresos locales a garantizar la identidad de género de las personas trans, https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2021-04/COM_2021_083.pdf.

Documento Eje, Protección Integral para la Primera Infancia.
https://siteal.iiiep.unesco.org/sites/default/files/sit_informe_pdfs/siteal_primera_infancia_20190521.pdf.

El Mundo, “La OMS cambia el término transexual por el de incongruencia de género”, 2019, <https://www.elmundo.es/salud/2019/05/17/5cdeed63fdddff987a8b45cb.html>

Estados que reconocen las infancias Trans, en <https://www.homosensual.com/lgbt/trans/mexico-estados-que-reconocen-a-las-infancias-trans/>

Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Trans, Bisexuales, Intersexuales y más. En <https://felgtb.org/quienes-somos/>

García, Luis, ¿Cuál es la diferencia entre transgénero y transexual? En <https://www.homosensual.com/lgbt/trans/cual-es-la-diferencia-entre-transgenero-y-transexual/>

Manual circular para familias Trans. En https://charlasgenero.colmex.mx/wp-content/uploads/2018/10/manual_trans_quiroz.pdf

Secretaría de Gobernación, Gobierno de México, mayo 2016, <https://www.gob.mx/segob/articulos/que-es-la-identidad-de-genero>.

LA INTERPRETACIÓN FILOSÓFICA DE LAS NORMAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Abril Uscanga Barradas¹

I. LAS LEYES DEL DERECHO

En el mundo jurídico hay preguntas básicas que incluso hasta el día de hoy no tienen una única respuesta correcta, como es el caso de la interrogante ¿Qué es el derecho?

Sin embargo, sí podemos contestar con cierta claridad que el derecho es y está más allá de las normas jurídicas, es decir que, el derecho es algo más que leyes, reglamentos o una constitución, por ejemplo, si juntamos todas las leyes, compendios y constituciones de todo el mundo en un bunker, no podrías decir que ahí está todo el derecho, por lo que el derecho está más allá de las reglas; Desde que somos seres sociales, el Derecho está omnipresente en cualquier sociedad y podemos señalar que prácticamente no hay ninguna relación social que quede al margen del Derecho y, ninguna que pueda entender el mundo sin éste.

Aunque a veces no nos percatemos, nuestras interacciones sociales, incluso las más sencillas, las podemos describir a través del derecho, como por ejemplo: cada vez que vamos al supermercado y compramos la despensa estamos realizando un acto de compraventa; cuando un amigo nos pide prestado nuestro auto podríamos referirnos a la figura del comodato; cuando alguien golpea a otra persona dañándola físicamente y ocasionándole un peligro grave para la vida podríamos estar ante el delito de lesiones o tentativa de

¹ Doctora por la Universidad Nacional Autónoma de México, Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM y Directora del Seminario de Filosofía del Derecho de la UNAM. Correo electrónico: auscangab@derecho.unam.mx. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5650-4740>.

homicidio; cuando dos niños intercambian sus estampas podrían estar celebrando una permuta, y cuando una persona cede sus bienes a otra se está celebrando una donación.

Es así que el derecho nos permite entender el mundo que nos rodea y reflexionar que somos seres sociales, regidos por leyes que permiten y prohíben ciertas conductas, en una forma de analogía, casi de la misma manera en que un científico del área de la física describe el mundo natural a través de la ley gravedad o la Ley de la inercia; o de la forma en que un matemático entiende la ley de la suma o la ley de los signos; o de la manera en la que un astrónomo entiende las tres leyes de Kepler.

Ahora bien, cuando pensamos en la palabra abogado y la persona que encarna dicha actividad, regularmente existe el imaginario de una profesión formalista, un quehacer robótico, en donde existen seres acartonados o cuadrados; sin embargo, debemos recordar que el derecho es dinámico, tiene diferentes aristas, múltiples perspectivas teóricas y filosóficas que lo enriquecen y una importancia social incalculable.

Son múltiples los problemas que el jurista atiende, existen algunos que me interesa mencionar, como es el caso de aquellos que están relacionados con los dilemas y el rompimiento del paradigma que nos permitan comprender al derecho como una disciplina viva, en movimiento, dinámica, que no siempre encuentra sus respuestas en las leyes, por lo que la resolución de una litis o controversia implica un gran reto para los operadores del derecho: es ahí donde los juristas tiene que aplicar todo su conocimiento, habilidades, competencias, creatividad e incluso imaginación para proporcionar a las partes de una litis, lo que los abogados entendemos como la única respuesta correcta.

En este sentido, las decisiones judiciales y la interpretación de las normas son de lo más interesantes, es aquí donde nos podemos preguntar ¿Cómo resuelve un juez un caso? Y ¿acaso existen casos fáciles y otros difíciles?

Las anteriores preguntas han justificado un intenso debate jurídico en el que se han escrito miles de páginas, en las que se requiere interpretar y acudir a la labora de los operadores del derecho y de los órganos jurisdiccionales, es así que voy a resumir algunos de los que considero son puntos más relevantes para el debate en la actualidad, sin perder de vista que las propuestas teóricas son múltiples.

Este tema sin duda nos remite al necesario entendimiento de la filosofía y la teoría jurídica contemporánea en relación con los derechos humanos y la forma en que los órganos jurisdicciones deben realizar la interpretación, tomando en cuenta que no hay una única forma de interpretar.

II. EL ACTO INTERPRETATIVO

El derecho en gran medida se practica argumentando e interpretado, estas son parte de las competencias jurídicas que son deseable que un jurista tenga desarrolladas, tomando en cuenta que gran parte de la actividad jurisdiccional y, en general, el ejercicio interpretativo del derecho es siempre dúctil.²

Cuando hablamos de interpretación, nos referimos a la atribución de significado a un enunciado jurídico, lo suficientemente preciso como para que podamos decir:

- 1) si la norma es aplicable o no al caso concreto;
- 2) en caso de que esa norma sea aplicable, qué consecuencias precisas se desprenden de ella para la resolución del caso en cuestión.

Es decir que, como juez debo justificar por qué preferí la interpretación A1 de “x norma” en N circunstancias antes que la interpretación A2.

² Lifante Vidal, Isabel, Interpretación Jurídica, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 2, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 1349, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/17.pdf>, 07/02/2022.

Es así que una interpretación debe estar correctamente justificada, a lo que nos podemos preguntar, ¿Cuándo se realiza una correcta justificación?

Una interpretación se considera justificada cuando se presenta expresamente respaldada por argumentos interpretativos admisibles y, por el contrario, la que se base en argumentos inadmisibles se tendrá por no justificada, lo que es tanto como decir que es arbitraria.

Por ejemplo, supongamos que un juez adopta un punto de vista religioso y dice que se debe dar preferencia a la interpretación, al ser más coherente con la ideología judía ortodoxa, a través de la utilización de un canon teológico de interpretación. Aquí, aunque no podríamos negar que realizará una interpretación, su proceder no lo consideraríamos compatible con los fundamentos de nuestro Derecho, y por lo tanto su interpretación tendría efectos jurídicos inválidos.

Ejemplos de argumentos interpretativos no válidos, pueden ser: el argumento del gusto personal, el argumento partidista, el argumento teológico y el argumento estético, ya que aunque los mismos sean plenamente respetables en otros ámbitos como pueden ser las elecciones puramente personales de un sujeto, en la decisión jurídica, no pueden ser considerados como válidos.

Siguiendo esta línea, si nos preguntamos ¿Cuál es la principal diferencia entre los argumentos interpretativos admisibles de los inadmisibles? Yo diría que es la vinculación a algún valor central de nuestro sistema jurídico-político.

Ahora bien, si nos preguntamos ¿quién puede interpretar? Si bien es cierto que cualquiera puede realizar informal y tácitamente la interpretación de un precepto normativo, también es cierto que desde la perspectiva jurídica no todos están facultados ni todo puede ser interpretado por cualquier tribunal. Por ejemplo, existen facultades expresas como es el caso de la Corte Interamericana, la cual de

acuerdo con la Convención Americana³, tiene como competencia, en materia contenciosa, decidir acerca de las condiciones fijadas por el artículo 62, “sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención”. De tal modo la Corte realiza, por mandato convencional, una ineludible actividad interpretativa.

Otro ejemplo es la contradicción de tesis 293/2011,⁴ resuelta por el Pleno de la Suprema Corte el 3 de septiembre de 2013, donde se reconoce que la interpretación de las normas del sistema jurídico, tanto las ordinarias, las constitucionales y las convencionales, así como, la facultad de inaplicarlas cuando estas sean contrarias a los derechos humanos de fuente constitucional o convencional, encuentran un límite en las restricciones a los derechos humanos constitucionalmente expresas. Es decir que, cuando un operador jurídico esté frente a una restricción constitucional a un derecho humano, ha de entender que tal disposición es de observancia estricta y, por tanto, no podrán dejar de aplicarla por más que considere que es contraria a los derechos humanos.

Lo anterior sin duda resulta contradictorio con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha expuesto que cuando un Estado es Parte de un tratado internacional, todos sus órganos –incluidos sus Jueces– están sometidos a aquél. Lo anterior les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de normas

³ Convención Americana Sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (b-32), *Convención Americana sobre derechos humanos (pacto de San José)*, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm, consultado el 07/01/2022.

⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *SCJN determina que las normas sobre derechos humanos contenidas en Tratados Internacionales tienen rango constitucional*, Contradicción de Tesis 293/2011, <https://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimientoid=556>, consultado el 02/02/2022.

contrarias, generando así una obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana.

En este sentido, tenemos que recordar que, en el caso de la jurisprudencia, son sólo los más altos tribunales los que pueden llegar a realizar el control de regularidad y declarar su inaplicabilidad mediante su sustitución, es aquí donde muchos se preguntan si se puede existir jurisprudencia inconvencional y si esto generaría automáticamente su inaplicación.⁵

La respuesta hasta hoy es que la jurisprudencia no puede ser objeto de control de constitucionalidad ni convencionalidad ex officio, es decir, que no es posible inaplicar la jurisprudencia porque con ello se podría transgredir el sistema relativo a su obligatoriedad, dispuesto en los artículos 94, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 217 de la Ley de Amparo.

Esto debido a que inaplicar la jurisprudencia implicaría la inobservancia de los artículos 94 y 217, los cuales no habrían sido previamente declarados inconstitucionales ni inconvencionales y, por tanto, el control de convencionalidad se hace exclusivamente sobre preceptos legales o reglamentarios.

Es así como un criterio interpretativo de un enunciado normativo a vencido a los mismos enunciados normativos legislados, y se ha constituido en varios sistemas jurídicos como una norma inderrotable debido a su fuerza obligatoria y a que representa un criterio de autoridad.

⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia emitida por la SCJN no puede ser sometida a un control de convencionalidad por cualquier órgano jurisdiccional de menor jerarquía*, contradicción de tesis 299/2013, <https://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=153439&SeguimientoID=603&CAP=>, consultado el 07/02/2022; Cossío Díaz, José Ramón y Lara chagoyán, Roberto, “¿qué hacer con la jurisprudencia que viola derechos humanos?”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-06/10_COSSIO%20y%20LARA_RE-VISTA%20CEC_01.pdf, consultado el 25/11/2021.

Por lo que la única salida para controlar la regularidad de una jurisprudencia que pudiera ser violatoria de derechos humanos, sería la sustitución, mediante la negación del control difuso, ya que la jurisprudencia presenta implícitamente un criterio de autoridad que ha de imponerse a cualquier otra interpretación, ya que se ha tomado como un criterio no susceptible de errores, un criterio o interpretación infalible, lo que constituye una forma de gobierno de la sofocracia judicial.

Es así que podemos mencionar que la jurisprudencia implica un ejercicio de interpretación para establecer el significado del enunciado normativo, el cual regularmente se vale de un enunciado de derecho humano como parámetro para interpretar otro enunciado.⁶

Recordemos que la interpretación jurisprudencial requiere:

- 1) la asignación de significado a la norma que funcionará como parámetro, y
- 2) la asignación de significado al enunciado que se interpretará.

Aquí es donde quiero que nos detengamos para preguntarnos si existen interpretaciones infalibles, y si la SCJN debe constituirse como ese órgano que sólo puede corregirse a sí mismo, como una regla de reconocimiento única y última, que proporciona los criterios de validez e identificación de las normas del sistema jurídico y que tiene una pretensión de corrección moral y jurídica.

Esta forma de entender a nuestro sistema jurídico ha consagrado a los agentes interpretadores de la jurisprudencia como dueños finales de la verdad jurídica, como auténticos jueces hércules omniscientes concedores de las fuentes y razones mismas del derecho, y capaces de encontrar siempre una única respuesta correcta en cada interpretación.

⁶ Nieto Castillo, Santiago, *Jurisprudencia e Interpretación Jurídica en la Constitución Mexicana. Evolución e implicaciones en la cultura jurídica nacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pp. 679-681, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2389/23.pdf>, consultado el 08/02/2022.

El sistema cerrado que se ha constituido para la interpretación de la jurisprudencia no admite desacuerdos ni permite que se interprete una interpretación, ni mucho menos la posibilidad de que las interpretaciones sean cuestionables, por lo que la interpretación jurisprudencial trabaja en un sistema dual de verdad y falsedad, y no de razonabilidad.

Lo que plantea la pregunta: ¿debemos admitir restricciones competenciales en la interpretación de los derechos humanos? O ¿es que no existe confianza en la interpretación que pudieran realizar los operadores de los órganos menores? En nuestro país el sistema de control concentrado ha sido considerado como el más apropiado para la toma de decisiones y la deliberación razonable, en oposición al control difuso.

Realizar lo anterior nos asegura grados de predictibilidad y homogeneidad de los criterios de interpretación, aunque probablemente sacrificado demasiado en aras de la certeza, sin permitirnos examinar los casos a la luz de los objetivos sociales.

III. LA FALACIA DE LAS ÚNICAS RESPUESTAS CORRECTAS

Empezaré mencionando que los casos fáciles y difíciles son clasificaciones que desde mi punto de vista ayudan didáctica y pedagógicamente, ya que nos sirven para entender a grandes rasgos ciertas diferencias en la actuación del juez, sin embargo, considero que la clasificación es limitativa.

Cuando los jueces deciden una controversia, aunque tienen cierta discrecionalidad, no deben resolver de forma arbitraria, incluso se entiende que en los casos más difíciles el juzgador debe justificar su decisión.

A veces esas decisiones no son las que todos pueden llegar a considerar como la más viable ni como la más deseable, pero ¿acaso el juzgador debe velar por un estándar utilitarista? O ¿acaso debería de hacer un referéndum o votación popular para resolver un caso?

Es aquí donde muchos juristas se han preguntado si la ley es suficiente para resolver todos los casos, o si el juzgador puede justificar su decisión en elementos como la moral o la justicia.

La respuesta a lo anterior dependerá de la postura teórica que abanderemos y del caso concreto, ya que será diferente la respuesta si nos referimos a un caso fácil o uno difícil.

Y la pregunta inmediata es cuáles son esos casos fáciles y difíciles, en esto la respuesta casi siempre viene dada casuísticamente, no hay consensos preelaborados por juristas, ya que modificaciones en la normativa, criterios jurisprudenciales, cambios políticos, económicos o sociales pueden hacer que un caso fácil se convierta en difícil y viceversa.

Lo que si resulta claro, es que los casos fáciles y difíciles nos remitirán al necesario estudio de las diferencias entre las reglas y los principios, desde la forma en la que tienen origen, su contenido y aplicación.

Por una parte, en los casos fáciles, la opinión de los teóricos coincide en que la justificación de la decisión se realiza a partir de un silogismo subsuntivo o judicial.

En la teoría jurídica se admite la existencia de conflictos de carácter normativo entre reglas, los que generalmente son entendidos como aquellas situaciones en las que existen, al menos, dos normas simultáneamente aplicables que el agente puede cumplir por separado, pero que el cumplimiento de una de ellas generará de forma automática el incumplimiento de la otra u otras.⁷

En las reglas, las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado que exigen cumplimiento pleno (carácter taxativo). Estos conflictos pueden presentarse cuando existen soluciones distintas e incompatibles a una misma situación o hecho, es el caso de una regla que permite cierto comportamiento en «X» situación

⁷ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Casos Fáciles y Casos Difíciles*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp.59-67, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5109/8.pdf>, consultado el 12/12/2021.

y otra regla que determina que ese mismo comportamiento no está permitido en el mismo supuesto de hecho, por ejemplo, una regla que permita el ingreso con alimentos al salón de clases al mismo tiempo que otra regla prohíba lo anterior, ¿a cuál regla se deberá obedecer y cual desobedecer?

Esta circunstancia refiere a un problema de contradicción lógica de tipo normativo que revela un sistema defectuoso o inconsistente que alberga antinomias.

En este supuesto estaríamos ante un clásico caso de conflicto normativo entre reglas que tiene como consecuencia que el individuo no logre ajustar su conducta a lo que establece el sistema jurídico, dejando como resultado que el derecho no logre guiar el comportamiento de las personas estableciendo los cursos de acción de sus conductas; situación que nos traerá como resultado que ante cualquier conducta que despliegue el destinatario de las normas, vulnerará alguna de ellas.

Como resultado de la contradicción entre ambas normas, una de las reglas se invalidará para permitir que la otra siga rigiendo la conducta del individuo, toda vez que, simplemente no pueden subsistir ambas como válidas.

Se han empleado diferentes mecanismos para dar una respuesta a estos conflictos que existen entre reglas —antinomias⁸—, por ejemplo:

- i. el criterio cronológico, el cual indica que la norma posterior deroga a la norma anterior;
- ii. el criterio de especialidad que indica que la norma que establece la consecuencia jurídica del supuesto de hecho específico, deroga a la otra norma que establece consecuencias jurídicas para supuestos de hecho generales; y,

⁸ Guastini, Riccardo, *Antinomias y Lagunas*, Trad. Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/29/cnt/cnt22.pdf>, consultado el 08/02/2022.

- iii. el criterio jerárquico que indica que la ley superior deroga a la ley inferior.

Habiendo comentado ya brevemente los casos fáciles, procederé a realizar lo mismo con las características de los casos difíciles, en donde la premisa normativa o la fáctica son motivos de discusión entre los juristas, pongamos el siguiente caso: cuando determinado litigio no puede remitirse a una regla jurídica clara, por ejemplo, por existir una laguna, como sucedió en el famoso caso de *Riggs vs Palmer* del Tribunal de Apelaciones de Nueva York, en donde se discutió acerca de si (Elmer E. Palmer) quien asesinó a su abuelo (Francis B. Palmer) podía recibir la herencia, situación no determinada por el derecho de sucesiones del Estado de Nueva York en 1889. Los jueces tenían que decidir entre la aplicación estricta de la ley o la aplicación de principios que no se encontraban en las normas, lo que sin duda implicaba la modificación de la voluntad testamentaria del abuelo, modificada por una decisión judicial de lo que un juez juzga como lo justo, teniendo como consecuencia la aplicación *ex post facto* de una norma recién creada, es decir, la aplicación retroactiva en perjuicio. En este caso se resolvió aplicar el principio no escrito, el cual indica: «A nadie se le debe permitir beneficiarse de su propio fraude, o tomar ventaja de su propio error, fundar cualquier demanda sobre su propia inequidad, o adquirir propiedad sobre la base de su propio crimen»; y por falta de interpretación clara establecida en una norma jurídica -por ejemplo lingüísticamente-, como sucede cuando hay zonas de penumbra o textura abierta en el lenguaje natural que traspasa al lenguaje jurídico, como sucede con la palabra alimentos, la cual en el derecho tiene un significado mucho más extenso que puede referir tanto a comida, calzado, educación, habitación, atención médica, entre otras cosas; o por otra parte, problemas en el lenguaje en la redacción de las normas, toda vez que sería casi imposible que el legislador estableciera exhaustivamente el significado de cada palabra de

cada oración, como en el caso de la palabra arma, establecida en varios códigos penales, a lo que podemos preguntarnos ¿una pistola de juguete utilizada en un robo puede considerarse un arma?

Con lo anterior podemos percatarnos que hay diferencias entre los casos fáciles y difíciles. En los casos difíciles los «conflictos entre principios» o «conflictos entre valores» operan a través de mandatos de optimización, los que pueden ser cumplidos en diferentes grados, es decir que, estas normas ordenan que se realice algo en mayor o menor medida de acuerdo a las circunstancias jurídicas y fácticas existentes, mismas que tienen por característica que son bastante indeterminadas debido a la abstracta regulación, lo que a su vez genera que casi cualquier controversia jurídica verse sobre cuestiones constitucionales.

En los conflictos que versan sobre principios puede existir una aplicación conjunta de derechos sin ocasionar invalidez entre ellos, de tal forma que, siguen un proceso de precedencia en el que deben tomarse en cuenta tres factores: i) examen de idoneidad; ii) examen de necesidad; y iii) ponderación jurídica.

Los principios requieren que para generar una resolución se considere la circunstancia específica concreta del caso a decidir, así como también ameritan determinar si estamos ante una situación de incompatibilidad en aquellos escenarios en los que existan tensiones que ocasionen que los principios en juego no puedan ser simultáneamente satisfechos, lo que requerirá que el órgano jurisdiccional resuelva la ponderación y con ello dé una respuesta a los conflictos.

Desde cualquiera de los dos puntos de vista es posible asegurar que los conflictos entre derechos plantean importantes cuestiones teóricas, sin embargo, algunos teóricos contemporáneos aseguran que los conflictos entre reglas-reglas, entre principios o reglas-principios, no revelan con claridad la diversidad de problemáticas que pueden presentarse en el derecho, ya que ellos están convencionalmente delimitados a la resolución de casos fáciles y

difíciles, pero poco pueden determinar en lo que respecta a los casos que implican profundos conflictos de valores determinados por dilemas morales.

El derecho, desde un aspecto filosófico, nos permite estudiar situaciones que van más allá de las clásicas representaciones binarias de estudio del mismo, en las que regularmente se han creado convenciones que nos muestran de forma simple las dicotomías antagónicas, relevantes especialmente desde un aspecto pedagógico, a través de las que regularmente se enseña el derecho, pero que vistas desde la praxis dejan de lado aspectos que nos acercan a la frontera de la reflexión, la indeterminación, la duda o los dilemas.

Ahora que al menos tenemos la duda, nos preguntaremos si todo conflicto en el derecho debe tener una respuesta, y si acaso será posible asegurar determinadamente como lo consideró Ronald Dworkin, que existe una única respuesta correcta en el derecho, o por el contrario, que la solución final regularmente representa a una de las diversas respuestas posibles dentro de un mundo bastante más amplio de tipologías, entre las que podríamos considerar: las correctas, incorrectas, incorrectas preferibles, correctas no preferibles e inexistentes, entre muchas más. En el mismo sentido se han presentado diversas clasificaciones de casos o conflictos, los cuales pueden ser concebidos desde resolubles, fáciles, difíciles, o incluso, casos trágicos.⁹

Es así que podemos mencionar que los casos trágicos pueden clasificarse en:

1. Irresolubles: estos casos se denominan así debido a que los valores o principios contenedores se juzgan inconmensurables -que no se pueden medir-, o porque se considera que los requerimientos normativos en pugna son mutuamente inderrotables, y;

⁹ Vid. Lariguet, Guillermo, *Dilemas y Conflictos Trágicos*, Palestra, 2008.

2. Resolubles a un alto precio: estos casos se definen porque ambas alternativas son del mismo modo posibles como derrotables, de tal forma que ninguna elección que tome el operador sería del todo correcta y, el sacrificio del valor dejado al lado sería excesivo.
3. Así mismo, se ha señalado la existencia de los casos aparentes que representan una tercera categoría a considerar, la cual puede acoger a los casos disolubles, en la que los dilemas resultan falsos o aparentes, ya que el dilema no considera dos genuinas alternativas sino una sola.

En los casos trágicos genuinos existe un desafío absoluto que requerirá el estudio de los límites de la racionalidad que están en la toma de decisiones de los individuos, dejando de lado la idea de una racionalidad perfecta y, por lo tanto, obviando también la imperfección de interpretar al derecho a través de la fórmula: si A, entonces siempre B.¹⁰

Para determinar los límites de la racionalidad en el derecho habría que atender a los criterios especiales establecidos para el caso concreto de que se trate, especialmente cuidando no caer en lo arbitrario, ya que las decisiones deben cuidar una proporción razonable en los sacrificios que se piensen realizar. Estas decisiones que deben realizar los juzgadores se entienden que están efectuadas dentro de los límites de la racionalidad y la legalidad.

Entonces, ¿Cuáles son los límites de la racionalidad en el derecho? En el derecho se considera que debe existir una salida racional a los conflictos jurídicos, ya que no se puede determinar simplemente que son conflictos irresolubles o que son inconmensurables los valores que se juzgan, aduciendo que constituyen desafíos profundos o han sobrepasado los límites de la racionalidad jurídica, pues el derecho requiere brindar soluciones a los conflictos a través

¹⁰ Uscanga Barradas, Abril, “Conflictos trágicos genuinos entre derechos fundamentales ¿Existe una respuesta correcta?”, en *Pluralismo constitucional y su influencia en los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2019, pp. 159-165

de diferentes vías, evitando la denegación de justicia, por lo que todos los conflictos —por más trágicos que puedan ser— son considerados para el derecho como resolubles, aún a un alto precio.¹¹

Lo anterior es así, aunque no sea de nuestro agrado, en el sistema de justicia, para resolver los conflictos que se presentan, se deben valorar las pruebas, así como el haber cumplido los plazos, términos y formas que exige la legislación, de tal manera que los órganos de impartición de justicia no necesariamente tienen como objetivo resolver conforme a la verdad, sino que su fin fundamental ha radicado en atender la exigencia inexcusable de juzgar y resolver los conflictos presentados con las respuestas correctas en el marco de lo justificable y la verdad probatoria, por lo que la función del juez no es hacer justicia ni encontrar la verdad a cualquier precio.

Es así que en la práctica jurídica se ha sostenido que no existen conflictos que queden sin respuesta correcta, ya que la respuesta correcta es en realidad la que el juzgador determine como cosa juzgada, teniendo así en el derecho una inadecuada lógica inversa en la que se aceptará que existe una única respuesta correcta (y cuál es) porque así lo ha dictado el operador y no a la inversa, que se realice el análisis previo para determinar si existe una respuesta correcta y cuál es esa.

Pero, ¿Es acaso la labor del juez encontrar la única respuesta correcta para cada caso? Cuando el juzgador resuelve una litis, la resuelve considerando las diferentes opciones o alternativas tomando en cuenta la más razonable desde su perspectiva, su discrecionalidad y libre valoración de la prueba, pero no debemos de olvidar que su decisión no es la única posible, sino simplemente la que él ha preferido, por lo que tendrá que darle justificación a través de argumentar, motivar y fundamentar.

¹¹ Uscanga Barradas, Abril, *Conflictos trágicos genuinos y aparentes en el derecho en Conflictos de derechos*, Coord. Juan Antonio García Amado, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 75-83.

Lo anterior partiendo de la idea de que el juez debe obrar bajo controles para conseguir imparcialidad, y la prueba debe de servir para que el juez se forme un juicio de la mejor manera y de la forma más fundamentada, y no por el contrario, que habiendo el juzgador formado su juicio de acuerdo a su ideología, convicciones personales, sesgos, prejuicios, intereses, corazonadas o subjetivismos, justifique posteriormente su decisión, toda vez que esto último sería arbitrario y tendenciosos.

Para lograrlo hay que tener claridad y preguntarnos si los jueces pueden alcanzar esas expectativas o, si eso es parte del pensamiento jurídico mágico, donde se encuentra el utópico Juez Hércules.¹²

Aunque en los últimos años han surgidos varias interrogantes en relación a los serios retos en las resoluciones judiciales y las únicas respuestas correctas en el derecho, y algunos teóricos se preguntan si el juzgador puede estar ante una solución mala y otra peor, no cabe duda que la labor jurisdiccional es una labor importantísima en el estado de derecho, ella está asentada en nuestras normas de adjudicación.

Hoy en día podemos ver cómo el poder judicial ha llegado a tener una marcada relevancia, especialmente si lo contrastamos en su otro extremo en el siglo XIX con la escuela de la exegesis y la jurisprudencia de conceptos, quienes buscaban la interpretación de la norma por la norma misma, y donde el poder legislativo ostentaba una gran fuerza y de forma contraria, el poder judicial únicamente era la boca de la ley-una boca restringida a lo que la ley decía-.

Es así que lo que los jueces hacen hoy es decidir una controversia, una litis en un contexto de incertidumbre, inclinándose en la solución que les parece más razonable dentro de los márgenes de la ley y dentro de su discrecionalidad.

¹² Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1998, pp. 238-240.

Por lo que el juez toma una decisión de las muchas posible y debe asumir la responsabilidad de haber tomado esa decisión dentro del derecho y no desde parámetros morales, políticos o presiones sociales.

El jurista Juan Antonio García Amado indica con brillantes: la moral es de cada uno pero el derecho es de todos y no debemos admitir que en el ámbito judicial se resuelva de acuerdo a la moralidad del juzgador.

No hay que confundir la moralidad con la legalidad -la moral no es legal solo por ser moral, como la ley no es moral solo por ser ley-, por lo que, por ejemplo, lo que usted considere como inmoral para otros puede ser perfectamente moral.

Cuando un juez decide temas como la legalización del aborto, el uso recreativo de la mariguana, la permisión de la prostitución, la pornografía, el divorcio incausado, el matrimonio o la adopción de menores entre personas del mismo sexo, puede ser que cada uno de nosotros pueda juzgar esto desde nuestras muy personales perspectivas, desde nuestra propia moralidad, pero eso no quiere decir que el juez deba dejar a aún lado la ley y decidir subjetivamente, mediante corazonadas, prejuicios o su moralidad, sino que él debe decidir respetando el Estado de Derecho, es así que todos debemos ser iguales ante la ley y también ante los encargados de aplicarla.

En un Estado de Derecho, como el que vivimos y deseamos seguir construyendo, es evidente que la labor jurisdiccional debe seguir: el imperio de la ley y no del hombre, la subordinación de todos los poderes del Estado al Derecho, la condición contra-mayoritaria y la separación de los poderes.¹³

¹³ Uscanga Barradas, Abril, “Mexican Political Transition: A Brief Summary”, en *Emporio do Direito*, 09/08/2021, <https://emporiiodireito.com.br/leitura/mexican-political-transition-a-brief-summary>, consultado el 09/09/2021.

IV. REFERENCIAS

- Convención Americana Sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (b-32), *Convención Americana sobre derechos humanos (pacto de San José)*, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.
- Cossío Díaz, José Ramón y Lara chagoyán, Roberto, “¿qué hacer con la jurisprudencia que viola derechos humanos?”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-06/10_COSSIO%20y%20LARA_REVISITA%20CEC_01.pdf.
- Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1998.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Casos Fáciles y Casos Difíciles*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp.59-67, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5109/8.pdf>.
- Guastini, Riccardo, *Antinomias y Lagunas*, Trad. Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/29/cnt/cnt22.pdf>.
- Lariguet, Guillermo, *Dilemas y Conflictos Trágicos*, Palestra, 2008.
- Lifante Vidal, Isabel, Interpretación Jurídica, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 2, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 1349, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/17.pdf>.
- Nieto Castillo, Santiago, *Jurisprudencia e Interpretación Jurídica en la Constitución Mexicana. Evolución e implicaciones en la cultura jurídica nacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2389/23.pdf>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *SCJN determina que las normas sobre derechos humanos contenidas en Tratados Internacionales tienen rango constitucional*, Contradicción de Tesis 293/2011, <https://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimientoid=556>, consultado el 02/02/2022.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia emitida por la SCJN no puede ser sometida a un control de convencionalidad por cualquier órgano jurisdiccional de menor jerarquía*, contradicción de tesis 299/2013, <https://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=153439&SeguimientoID=603&CAP=>.

Uscanga Barradas, Abril, *Conflictos trágicos genuinos y aparentes en el derecho en Conflictos de derechos*, Coord. Juan Antonio García Amado, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

_____, “Mexican Political Transition: A Brief Summary”, en *Emporio do Direito*, 09/08/2021, <https://emporiiododireito.com.br/leitura/mexican-political-transition-a-brief-summary>.

_____, “Conflictos trágicos genuinos entre derechos fundamentales ¿Existe una respuesta correcta?”, en *Pluralismo constitucional y su influencia en los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2019.

LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO: DERECHO COMPARADO ENTRE LA ARGENTINA Y MÉXICO

Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria¹

I. NOTA INTRODUCTORIA

El acto administrativo como la manifestación del Estado dirigida a los particulares con determinados fines y un objeto cierto, debe estar investido de legalidad, así como de fundamentación y motivación con el fin de que sus efectos cumplan con las finales del Estado.

Para el Profesor Balbín, el acto administrativo es: “Una declaración unilateral de alcance particular y formal hecha por el Estado, en ejercicio de sus funciones administrativas, que produce efectos jurídicos directos e inmediatos sobre terceros”. (Balbín, 2018)

II. ELEMENTOS ESENCIALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA ARGENTINA Y MÉXICO

Por ende, un acto administrativo que sea emitido por el Estado debe tener determinados elementos para considerarse como válido. Dichos elementos, conforme al principio de legalidad se encuentran en la ley, en el caso de la Argentina en los artículos 7 y 8 de la Ley del Procedimiento Administrativo de la Nación Argentina, como a continuación se señala:

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Posdoctora por el CONACYT para investigadores de alto nivel académico, Egresada de la Tercera Escuela de Verano en Dogmática Penal y Procesal Penal de la George August Universität en Gottigèn, Alemania, Estancia de Investigación en Sevilla, España, Estancia de Investigación en Valencia, España, Estancia de investigación en Lecce, Italia, Maestranda en Derecho Administrativo y Políticas Públicas por la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Requisitos esenciales del acto administrativo.

ARTÍCULO 7. Son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes:

Competencia. a) ser dictado por autoridad competente.

Causa. b) deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable.

Objeto. c) el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible debe decidir todas las peticiones formuladas, pero puede involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos.

Procedimientos. d) antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.

Motivación. e) deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo.

Finalidad. f) habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto.

Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad.

Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se registrarán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente.

Forma.

ARTÍCULO 8.- El acto administrativo se manifestará expresamente y por escrito; indicará el lugar y fecha en que se lo dicta y contendrá la firma de la autoridad que lo emite; sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieren podrá utilizarse una forma distinta.

En la norma mexicana, específicamente en el artículo 3º de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, se señala:

Artículo 3.- Son elementos y requisitos del acto administrativo:

- I. Ser expedido por órgano competente, a través de servidor público, y en caso de que dicho órgano fuere colegiado, reúna las formalidades de la ley o decreto para emitirlo;
- II. Tener objeto que pueda ser materia del mismo; determinado o determinable; preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, y previsto por la ley;
- III. Cumplir con la finalidad de interés público regulado por las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos;
- IV. Hacer constar por escrito y con la firma autógrafa de la autoridad que lo expida, salvo en aquellos casos en que la ley autorice otra forma de expedición;
- V. Estar fundado y motivado;
- VI. (Se deroga) Fracción derogada DOF 24-12-1996
- VII. Ser expedido sujetándose a las disposiciones relativas al procedimiento administrativo previstas en esta Ley;
- VIII. Ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo, o sobre el fin del acto;
- IX. Ser expedido sin que medie dolo o violencia en su emisión;
- X. Mencionar el órgano del cual emana;
- XI. (Se deroga) Fracción derogada DOF 24-12-1996
- XII. Ser expedido sin que medie error respecto a la referencia específica de identificación del expediente, documentos o nombre completo de las personas;
- XIII. Ser expedido señalando lugar y fecha de emisión;
- XIV. Tratándose de actos administrativos que deban notificarse deberá hacerse mención de la oficina en que se encuentra y puede ser consultado el expediente respectivo;
- XV. Tratándose de actos administrativos recurribles deberá hacerse mención de los recursos que procedan, y
- XVI. Ser expedido decidiendo expresamente todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por la ley.

Como se puede observar de los artículos antes señalados en ambas legislaciones, son acordes con respecto a los siguientes elementos que se consideran esenciales para la operatividad del acto administrativo:

1. Competencia
2. Causa
3. Objeto
4. Finalidad
5. Motivación
6. Procedimiento
7. Su expedición debe ser por escrito, salvo que las circunstancias determinen que se puede emitir de forma diversa.

Es importante señalar, que los elementos antes descritos son los considerados esenciales en un acto administrativo, de tal suerte que, si un acto carece de alguno de éstos, entonces se deberá determinar su nulidad absoluta.

A diferencia de la legislación argentina, en el caso mexicano los elementos esenciales se encuentran enunciados junto con los elementos accesorios de un acto administrativo, cuya inobservancia pudiera traer como consecuencia la nulidad relativa del mismo o la anulabilidad.

En este caso, en la legislación mexicana los artículos 5, 6 y 7 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo señalan con exactitud cuáles son los elementos que determinan la anulabilidad o nulidad absoluta del acto:

CAPÍTULO SEGUNDO DE LA NULIDAD Y ANULABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Artículo 5.- La omisión o irregularidad de los elementos y requisitos exigidos por el Artículo 3 de esta Ley, o por las leyes administrativas de las materias de que se trate, producirán, según sea el caso, nulidad o anulabilidad del acto administrativo.

Artículo 6.- La omisión o irregularidad de cualquiera de los elementos o requisitos establecidos en las fracciones I a X del artículo 3

de la presente Ley, producirá la nulidad del acto administrativo, la cual será declarada por el superior jerárquico de la autoridad que lo haya emitido, salvo que el acto impugnado provenga del titular de una dependencia, en cuyo caso la nulidad será declarada por el mismo.

El acto administrativo que se declare jurídicamente nulo será inválido; no se presumirá legítimo ni ejecutable; será subsanable, sin perjuicio de que pueda expedirse un nuevo acto.

Los particulares no tendrán obligación de cumplirlo y los servidores públicos deberán hacer constar su oposición a ejecutar el acto, fundando y motivando tal negativa. La declaración de nulidad producirá efectos retroactivos. En caso de que el acto se hubiera consumado, o bien, sea imposible de hecho o de derecho retrotraer sus efectos, sólo dará lugar a la responsabilidad del servidor público que la hubiere emitido u ordenado.

Artículo 7.- La omisión o irregularidad en los elementos y requisitos señalados en las Fracciones XII a XVI del Artículo 3 de esta Ley, producirá la anulabilidad del acto administrativo.

El acto declarado anulable se considerará válido; gozará de presunción de legitimidad y ejecutividad; y será subsanable por los órganos administrativos mediante el pleno cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la plena validez y eficacia del acto. Tanto los servidores públicos como los particulares tendrán obligación de cumplirlo. El saneamiento del acto anulable producirá efectos retroactivos y el acto se considerará como si siempre hubiere sido válido.

Como se observa, el error y el dolo en la emisión de un acto administrativo trae como consecuencia su nulidad absoluta; y en el caso de la legislación argentina, los mismos elementos se señalan con exactitud en cuanto a la nulidad absoluta de los actos en el artículo 14 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de la Nación Argentina, como sigue:

ARTÍCULO 14.- El acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos:

- a) Cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por error esencial; dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; violencia física o moral ejercida sobre el agente; o por simulación absoluta.
- b) Cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas; falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados; o por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado.

Ante este panorama, es importante señalar que, si el acto administrativo no cumple con los elementos antes indicados, se puede determinar la nulidad del mismo. Sin embargo, las nulidades del acto tienen especial aplicación, sobre todo, si se trata de elementos esenciales, que en el caso argentino son los referentes a los señalados en los artículos 7, 8 y 14 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de la Nación Argentina, y en el caso mexicano los señalados en las fracciones I al X del artículo 3° de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Con respecto a la nulidad relativa o anulabilidad en ambos países, se determinan a través de la exclusión de los elementos esenciales del acto, es decir, si en el vicio del acto administrativo no se encuentran los elementos esenciales que en la Argentina se determinan con respecto a los artículos 7, 8 y 14 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de la Nación Argentina y en México en las fracciones I a X del Artículo 3° de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo con relación al artículo 6° de la misma ley, el acto podrá ser subsanable.

En ese sentido, José Araujo señala con respecto a la nulidad del acto administrativo:

La teoría de las nulidades del derecho administrativo hace referencia a las diferentes infracciones del ordenamiento jurídico –llamado vicios, causa de nulidad o motivos de impugnación–, que puede con-

tener un acto administrativo y justificar la cesación de sus efectos. La nulidad es la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto administrativo, en virtud de un vicio originario, es decir, existente en el momento de su emisión. Por tanto, las notas que la caracterizan son las siguientes: i. constituye una sanción, ii. de carácter legal, iii. El efecto propio es privar al acto administrativo de los efectos que estaba destinado a producir; y iv. Responde a causas anterior o contemporáneas al nacimiento del acto administrativo. (Juárez, 2009)

De esta forma, los alcances, tanto de la nulidad absoluta como de la nulidad relativa del acto administrativo en ambos países se observa como sigue:

III. NULIDAD ABSOLUTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA ARGENTINA.

En principio debemos señalar que el acto administrativo, de acuerdo al artículo 12 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de la Nación Argentina es legítimo, es decir, se presume su legalidad y todos sus efectos son válidos:

Presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria.

ARTÍCULO 12.- El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios -a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta.

Por lo que la invalidez de un acto administrativo depende del particular que deberá probar la inexistencia de los elementos esenciales del mismo. El profesor Balbín señala al respecto:

Cabe, sin embargo, aclarar que esta presunción es *iuris tantum* (es decir que cede y se rompe si se prueba la invalidez del acto, e incluso si sus vicios son claramente manifiestos). De modo que se impone al destinatario del acto, la carga de probar la ilegitimidad de éste si pretende su exclusión del mundo jurídico. (Balbín, 2018)

Es así como la nulidad del acto administrativo es una forma de extinción del mismo, y en el caso argentino, la nulidad absoluta se determina de acuerdo a la inobservancia de los artículos 7, 8 y 14, es decir, cuando el acto administrativo sea contrario a la ley con base en los elementos esenciales que mínimamente ésta determina.

De acuerdo al Dr. Balbín las consecuencias de la nulidad absoluta (cabe señalar que el acto no puede sanearse, ni por prescripción ni por la confirmación del acto (Balbín, 2018) pero sí puede substituirse por otro) del acto administrativo son las siguientes:

- a) “la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido”. Y, a su vez, “estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe, según sea el caso” (art. 390);
- b) “los actos jurídicos nulos, aunque no produzcan los efectos de los actos válidos, dan lugar en su caso a las consecuencias de los hechos en general y a las reparaciones que correspondan” (art. 391);
- c) “todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso” (art. 392). (Balbín, 2018)

En cuanto a los efectos en la legislación Argentina con respecto a la nulidad absoluta de los actos administrativos, se determina que los mismos quedan sin efectos, es decir, son inválidos incluso, pero no en cuanto a sus efectos en el pasado, es decir, la invalidez absoluta no se aplica de forma retroactiva. Según el criterio del Profesor Balbín “los actos nulos de nulidad absoluta deben tener efectos retroactivos; sin embargo, el criterio de la LPA es otro, es decir, la invalidez de los actos tienen efectos hacia el pasado (retroactivo). (Balbín, 2018)

Así lo señala el artículo 13 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de la Nación Argentina:

Retroactividad del acto.

ARTÍCULO 13.- El acto administrativo podrá tener efectos retroactivos -siempre que no se lesionaren derechos adquiridos- cuando se dictare en sustitución de otro revocado o cuando favoreciere al administrado.

IV. NULIDAD ABSOLUTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN MÉXICO

En la legislación mexicana, la nulidad o anulabilidad del acto administrativo se desprende del artículo 6° de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, la cual señala determinadas fracciones del artículo 3° con respecto a la nulidad absoluta y relativa.

Dicha normatividad, al igual que en la legislación Argentina, determina los elementos esenciales del acto administrativo, bajo los cuales cualquier ausencia de alguno de ellos, traerá como consecuencia la nulidad absoluta de los mismos, es decir, aquellos que se refieran a las fracciones I a la X del artículo 3°, el cual ya se ha señalado en el cuerpo de este estudio.

Es importante señalar que del artículo 6° de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo se desprenden los efectos de la nulidad absoluta de los actos administrativos como sigue:

Artículo 6.- ...

El acto administrativo que se declare jurídicamente nulo será inválido; no se presumirá legítimo ni ejecutable; será subsanable, sin perjuicio de que pueda expedirse un nuevo acto.

Los particulares no tendrán obligación de cumplirlo y los servidores públicos deberán hacer constar su oposición a ejecutar el acto, fundando y motivando tal negativa.

La declaración de nulidad producirá efectos retroactivos.

En caso de que el acto se hubiera consumado, o bien, sea imposible de hecho o de derecho retrotraer sus efectos, sólo dará lugar a la responsabilidad del servidor público que la hubiere emitido u ordenado.

Como se observa de la norma jurídica, al igual que en la legislación argentina, en México el acto administrativo con nulidad absoluta tiene efectos retroactivos, e incluso se puede emitir otro acto administrativo, por lo que en realidad sus efectos no son tan de nulidad absoluta como pareciera. En este sentido estamos de acuerdo con lo señalado con el Profesor Balbín, con respecto a que en dichos actos de nulidad absoluta deberían eliminarse retroactivamente todos sus efectos.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, señala:

Registro digital: 170684

Instancia: Pleno

Novena Época

Materia(s): Administrativa

Tesis: P. XXXIV/2007

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Tomo XXVI, Diciembre de 2007, página 26

Tipo: Aislada

NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD PARA EFECTOS EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SU ALCANCE DEPENDE DE LA NATURALEZA DE LA RESOLUCIÓN ANULADA Y DE LOS VICIOS QUE ORIGINARON LA ANULACIÓN.

La nulidad, entendida en un sentido amplio, es la consecuencia de una declaración jurisdiccional que priva de todo valor a los actos carentes de los requisitos de forma o fondo que marca la ley o que se han originado en un procedimiento viciado. Ahora bien, la ley contempla dos clases de nulidad: la absoluta, calificada en la práctica jurisdiccional como lisa y llana, que puede deberse a vicios de fondo, forma, procedimiento o, incluso, a la falta de competencia, y la nulidad para efectos, que normalmente ocurre en los casos en que el fallo impugnado se emitió al resolver un recurso administrativo; si se violó el procedimiento la resolución debe anularse, la autoridad quedará vinculada a subsanar la irregularidad procesal y a emitir una nueva; cuando el motivo de la nulidad fue una deficiencia formal, por ejemplo, la ausencia de fundamentación y motivación, la autoridad queda constreñida a dictar una nueva resolución fundada y motivada. En esa virtud, la nulidad lisa y llana coincide con la nulidad para efectos en la aniquilación total, la desaparición en el orden jurídico de la resolución o acto impugnado, independientemente de la causa específica que haya originado ese pronunciamiento, pero también existen diferencias, según sea la causa de anulación, por ejemplo, en la nulidad lisa y llana la resolución o acto quedan nulificados y no existe la obligación de emitir una nueva resolución en los casos en que no exista autoridad competente, no existan fundamentos ni motivos que puedan sustentarla o que existiendo se hayan extinguido las facultades de la autoridad competente; sin embargo, habrá supuestos en los que la determinación de nulidad lisa y llana, que aunque no constriñe a la autoridad tampoco le impedirá a la que sí es competente que emita la resolución correspondiente o subsane el vicio que dio motivo a la nulidad, ya que en estas hipótesis no existe cosa juzgada sobre el problema de fondo del debate, es decir, solamente la nulidad absoluta o lisa y llana que se dicta estudiando el fondo del asunto es la que impide dictar una nueva resolución, pues ya existirá cosa juzgada sobre los problemas de fondo debatidos.

El Tribunal Pleno, el quince de octubre en curso, aprobó, con el número XXXIV/2007, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a quince de octubre de dos mil siete.

Por tanto, el acto administrativo en México declarado con nulidad absoluta, tiene los mismos efectos que en la Argentina, incluso, los elementos esenciales son los mismos.

V. NULIDAD RELATIVA O ANULABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA ARGENTINA

Con respecto a la nulidad relativa o anulabilidad, el artículo 15 de la Ley de Procedimiento Administrativo de la Nación Argentina, determina la misma mediante exclusión, es decir, todos los vicios que no se refieran a los elementos esenciales del acto administrativo traen como consecuencia su anulabilidad y además esta debe ser en sede judicial:

Anulabilidad.

Artículo 15.- “Si se hubiere incurrido en una irregularidad, omisión o vicio que no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales, el acto será anulable en sede judicial”

El efecto de la anulabilidad nos dice el Profesor Balbín es “los actos anulables de nulidad relativa tienen efecto hacia el futuro porque el vicio es menor y —por tanto—permite la subsistencia de sus elementos esenciales, salvo que el particular hubiese obrado de mala fe”. (Balbín, 2018)

VI. LA NULIDAD RELATIVA O ANULABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO MEXICANO

Con respecto a la nulidad relativa en el derecho mexicano, el artículo 7 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo nos señala que a partir de la fracción XII a XVI, la inobservancia de dichos elementos trae como consecuencia la anulabilidad del acto; y, al igual que la legislación argentina este artículo excluye los elementos esenciales del acto administrativo:

Artículo 7.- La omisión o irregularidad en los elementos y requisitos señalados en las Fracciones XII a XVI del Artículo 3 de esta Ley, producirá la anulabilidad del acto administrativo.

El acto declarado anulable se considerará válido; gozará de presunción de legitimidad y ejecutividad; y será subsanable por los órganos administrativos mediante el pleno cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la plena validez y eficacia del acto.

Tanto los servidores públicos como los particulares tendrán obligación de cumplirlo.

El saneamiento del acto anulable producirá efectos retroactivos y el acto se considerará como si siempre hubiere sido válido.

En este sentido, la autoridad podrá sanear el acto administrativo, mientras tanto, el mismo seguirá teniendo sus efectos como si fuera válido y, por ende, es legítimo; así mismo, cuando sea saneado por la autoridad, todos los efectos que hubiera producido serán válidos de forma retroactiva.

VII. CONCLUSIÓN

Tanto en la legislación argentina como en la mexicana, la teoría del acto administrativo se aplica de la misma manera, incluida la teoría de la nulidad del acto administrativo.

Podemos señalar que las diferencias radican en la forma en que se encuentran redactadas las normas jurídicas relativas a los elementos esenciales del acto administrativo; sin embargo, son las mismas, además su inobservancia trae como consecuencia la nulidad absoluta del acto administrativo, y la exclusión de los mismos con respecto a los elementos accesorios del acto administrativo traen la anulabilidad del mismo.

En ambos países, la nulidad absoluta del acto administrativo tiene efectos retroactivos y se puede substituir por uno nuevo.

VIII. REFERENCIAS

Balbín, C. F. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.

Juárez, J. A. (2009). Teoría de las nulidades del acto administrativo. *Revistas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 3-29.

Ley de Procedimiento Administrativo de la Nación Argentina.

Ley Federal de Procedimiento Administrativo (Legislación Mexicana).

À UNA DÉCADA DE LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. REFLEXIONES DESDE LA POLÍTICA CRIMINAL EN MÉXICO.

José Antonio Alvarez León

I. INTRODUCCIÓN

A diez años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, es innegable que las cosas han cambiado. México se encuentra transformando la estructura autoritaria legada del viejo régimen presidencial, y la sociedad va ganando espacios en la vida pública a través de su participación, pero también a través de la vigilancia de sus derechos. México, hoy es más fuerte y democrático, pero paradójicamente algunas de sus estructuras sociales, políticas y jurídicas reflejan más violencia y vulneración a los derechos de las personas.

En este sentido, el ensayo tendrá como objetivo central, generar la reflexión del porqué de las ambivalencias entre los derechos humanos y las razones de Estado, particularmente desde la mirada de la política criminal.

Este texto se estructurará en tres breves secciones; la primera; que nos permitirá ubicarnos en el gran calaje de la reforma constitucional en materia penal y de derechos humanos; en la segunda, trataremos de develar los límites y contradicciones entre los avances en materia de derechos humanos y la perspectiva del control en la política criminal; por último, se tratará de generar la reflexión para entender dónde están los pendientes a 10 años de la reforma y cómo corregir el rumbo en los casos donde el poder penal choque con los derechos humanos.

II. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL

Los años 2008 y 2011 fueron parteaguas para la transformación del régimen jurídico y político del Estado mexicano. Las reformas estructurales que iniciaron con el salinato para impulsar la transición del estado social y democrático de derecho, al estado liberal, pasaron por las etapas de transformación económica, política democrática, de seguridad pública y procuración de justicia para dejar pendiente, como escalafón final la reforma judicial y de derechos humanos.

La reforma judicial significaría no sólo mutar de un régimen inquisitorio mixto a uno acusatorio adversarial, que cambiaría la forma de hacer justicia y responder a los altos estándares internacionales, para tal fin; significaría también, cerrar con vigor triunfante la democracia dirigida por la democracia penal, y clarificar la nueva misión del Estado mexicano para ser un estado policía, garante de los derechos de las personas y protector del dejar hacer económico como modelo necesario en un mundo global, trabajo realizado dos décadas antes por artífices neoliberales en materia económica. Para rematar los cambios, fue necesario un sistema judicial eficiente, que diera el golpe de timón para desterrar al presidencialismo interventor, poderoso y monopolizador de la justicia, con todos sus vicios e incumplimientos; la nueva realidad se fincaría en el posicionamiento de un sistema de justicia oral donde el poder judicial sería el motor controlador de ese estado minimizado y para ello, sería necesario una nueva visión de la constitucionalidad y los derechos humanos.

El garantismo constitucional, fue el nuevo eje justificador para entender el papel de las nuevas constituciones. Desde ahí, se dejó de apreciar a las leyes fundamentales como idearios de políticos donde la historia, el dogma, la política, la tradición y la cultura sustenta-

ban la vida pública (independientemente del éxito o el fracaso) en más, como ya se dijo, de un Estado interventor y promotor desde la política de dichos cometidos formales y materiales.

La nueva visión constitucional, significó ver a la carta magna como un conjunto de derechos fundamentales para la transformación de la vida en favor de la plenitud del ser humano en una nueva etapa de cambios drásticos y contundentes que, requirieron ver al ser humano desde otra perspectiva; se trató de que el ser humano fuera visto como el centro de todas las razones que fuesen esgrimibles para garantizarle una mejor forma y calidad de vida. Este proceso de transformación significó el replanteamiento del antropocentrismo posmoderno surgido a contra pelo por el proceso de globalización.

La era global¹, significó no sólo el cambio en los patrones de acumulación del capital, sino el rompimiento de fronteras y el impulso de la ciencia y la tecnología para cambiar las condiciones de vida dentro de la dimensión del capitalismo salvaje. Sin embargo, esa transformación económica pudo cambiar la lógica de modernidad mundial casi de manera inimaginable; pero como suele pasar, los beneficios de la nueva era global también trajeron consigo contradicciones y saldos negativos, pues los impulsos del capital dejaron desprovistos de lo más esencial a miles de millones de seres humanos. Los beneficios en las economías para unos fueron maravillosos y para otros devastadores. Con la globalización también llegaron los fenómenos transnacionales de rompimiento del orden que por antonomasia siempre acompañan al derecho y sus dimensiones controladas (positivización del orden). Los delitos transnacionales, la vulneración de los estados nacionales, la competencia ilícita del capital, el abuso y explotación de fenómenos globales como la migración, las crisis humanitarias producto de la concentración abrupta del capital, la imposibilidad para muchos de incorporarse a la era

¹ Inostroza, Fernando. “TLC en contexto de la globalización”, Rev A, México, UAM. AZC, 1992.

de los cambios digitales y tecnológicos, dejaron al desnudo al hombre posmoderno, vulnerable a todos estos cambios, sin olvidar los rezagos que ya cargaba en su haber histórico, acentuando como diría Bauman una vida líquida y hombres de desecho.

El ser humano siempre ha sido el reflejo de su propia historia. Los procesos de cambio de la humanidad son la medida para entender cuánto se revalora así mismo. Es por esto que, a contra pelo de la globalización surgió la regionalización para contener los cambios regionales de los efectos voraces de ella y así también se redimensiona el hombre mismo bajo el proceso de la mundialización de los derechos.

El surgimiento de la ONU y la humanización del hombre por el hombre ya planteaba en el siglo XIX un cambio en la actitud en la propia mirada del antropocentrismo, basada en la capacidad humana de autodestruirse y por ellos creó las instancias supranacionales que impulsaron una nueva mirada y protección del ser humano. Pero la globalización en los 90s marcó en definitiva la desprotección del humano ante un desarrollo egoísta y discriminador.

La mundialización de los derechos significó², crear estructuras y discursos supranacionales que engranaran (tal como lo hizo la globalización) a los estados nación en el replanteamiento de ese ser humano de ayer y de hoy. Significó el momento para poner a la vista los temas pendiente e impostergables de luchas y demandas que, podrían hacerse latentes en los nuevos espacios donde los límites físico, convencionales y estructurados ya no tienen lugar porque el orden como lo establecía la modernidad que cambió para hacer del caos, el orden en el desorden, en la era de la posmodernidad, donde todo es posible a partir de la nueva idea del hombre global.

² “(...) en el marco de la mundialización de la cultura, el individuo asume identificaciones múltiples que le permiten la identificación de un contexto (...) el individuo acepta la identificación a través del lenguaje, la cultura, la historia, la religión, etc., pues asumir la cultura es asumir los patrones del cambio” tomado de: Warnier, Jean Pier. *La Mundialización de la cultura*, Barcelona, Gedisa, 2002, p 15.

La mundialización trajo consigo una revaloración y adaptación de los significados de vida plena, pues tenerlo todo también significó carecer de todo. Los derechos subjetivos se volvieron explicaciones integradoras, inherentes e ilimitadas (en su descripción) de la concepción del hombre y su dignidad. Para que el hombre pudiese ser visto como el verdadero destinatario de la modernidad y la posmodernidad tendría que realizarse gozando de los pasos agigantados que la humanidad ha ido dando. Los derechos humanos son pues el viejo pero renovado discurso que se teje desde todos los aspectos y necesidades del hombre de forma holística, medio ambiente, inserción en los procesos tecnológicos, la salud, la educación, el transporte, el trabajo, su visualización personal, su viabilidad alimentaria, la no violencia, la movilidad, etcétera.

Dar al hombre todo lo necesario para vivir de forma digna, es sin duda una dimensión filosófica compleja pero necesaria³. Integrar lo necesario para que el hombre viva esa posmodernidad caótica, pero integradora representa posibilidades de acción y realización distintas en cada zona, región, país o lugar donde el hombre esté. Para lograrlo, fue necesario pensar en una nueva visión sistémica funcional tal como sucedió con la globalización, donde estructuras y discursos normativos puedan y tengan razones para la integración sustantiva (la posibilidad de gozar y exigir esos derechos), dentro y fuera de cada país o desde la posibilidad grupal o individual de luchar por lo necesario.

³ Deberá de entenderse cómo vive el hombre, se adapta y vive esa evolución; cómo pueden esos derechos articularse a sistemas locales sin causar estragos y generar beneficios. Debemos recordar que el derecho es reflejo de la cultura y grado de cultura de un país. Pero más aún debemos de recordar que con la globalización todos los países del mundo viven un sistema nacional y otro transnacional para poderse adaptar al mundo económico. La mundialización de los derechos también refiere a ese ajuste bajo procesos nacionales propios o bajo mecanismos supranacionales que generen obligación y cambio.

Bajo los razonamientos descritos podemos comprender que los derechos humanos y el éxito de la mundialización pueden verse desde muchos ángulos y desde una lógica de integración jurídica de acuerdo con el andamiaje de cada país. Pero uno de los principales filtros de observación respecto de la reforma del 2011 en México y en relación con el cambio de su sistema de justicia penal es sin duda a través de la política criminal.

Como se dijo al principio de este documento, la reforma del Estado se da por culminada según los gobiernos neoliberales en México y su último eslabón es la justicia y las formas de hacer justicia. Quiere decir que nuestro país y las nuevas concepciones constitucionalistas darían cuenta de un estado liberal capaz de impulsar y terminar con las necesidades básicas de un país cubriendo las desigualdades materiales, de salud, alimentarias, educativas etcétera, para concluir de forma estructural con la justicia como expresión máxima de valoración del hombre en su sociedad, es decir, en una sociedad “justa” donde el derecho es esa proyección de una sociedad armoniosa o no.

Por tanto, los derechos humanos y sus proyecciones en el desarrollo de la vida digna estarían en marcha debiendo ser reflejo de sus aparatos de justicia. La pregunta entonces, como diría *De Giorgi*⁴, hace casi 30 años sería ¿qué controlamos? ¿personas o sistemas? para respondernos en función de los derechos humanos en el campo de la justicia penal y ciertos procesos sociales estructurales como la agresión, la violencia, el conflicto y el delito, será necesario ver las herramientas de la política criminal y el derecho penal de nuestro país⁵.

⁴ De Giorgi, Raffaele, “*Filosofía del Derecho Y Teoría de Sistemas*” Rev. Cuadernos de Posgrado, serie A 11, Edo. México, UNAM ENEP ACATLAN, Pp 91-95

⁵ El derecho penal debe de ser la última razón de acción del Estado sobre gobernados. El derecho penal mínimo es espejo de una sociedad donde la democracia, la justicia y la equidad ponen en segundo plano la aparición del delito y su consecuencia la pena.

III. POLÍTICA CRIMINAL Y LA VISIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Cuando se habla de política criminal debemos de considerar desde dónde se asume su definición y sus contenidos; genéricamente se habla de estrategias de Estado respecto del delito, las penas y las medidas de seguridad. Pero se debe de entender que existen otras dimensiones cuando se habla de política criminal, y muy en particular cuando se hace hincapié en definir al Estado por su relación con lo que controla o desde dónde lo controla. El derecho penal y su fines indudablemente se reflejan y son parte de lo que sucede en la sociedad para la cual se destina el poder de punición del Estado, ese derecho penal ressignifica cómo se ve y se trata al ser humano y cómo el Estado se estructura para tal fin, desde esa visión, política criminal dice Zaffaroni, es política penal estatal, pues “ésta se dedica a la cuestión de cómo el derecho penal se dirige adecuadamente a su fin, cumpliendo así correctamente su tarea de protección social”⁶; hablamos como diría *Giorgi*, de qué tenemos dentro de esa política penal y qué quiere el Estado según su propia definición política (Estado liberal, social y de democrático, socialista etcétera).

Georigi, refiere sin cortapisas al Estado como sistema con sus estructuras (instituciones de derecho) y a las acciones que buscan auto definir la relación del Estado con cada gobernado. Bajo esta perspectiva, queda muy claro que la reforma al sistema de justicia penal enunció (al menos en la forma de ver la justicia) el fin del sistema democrático y social de derecho (Estado de tránsito), para ubicarnos en la plenitud conceptual del Estado liberal. Es aquí donde las estructuras de este nuevo Estado deberán de responder al discurso del hombre por el hombre a plenitud y la política penal deberá de crear las condiciones que garanticen el respeto a los derecho humanos (según la definición del liberalismo). El sistema acusatorio adversarial y oral, replantea el primer contacto del hombre con el Estado desde la seguridad pública y la investigación de los delitos,

hasta el enjuiciamiento controlado; hablamos de que el control de la acción penal, la investigación, el procesamiento y la ejecución de las penas estén permeadas de los derechos humanos como motor y límite de la relación hombre-Estado, haciendo de la función policial del Estado la tarea relevante en el nuevo orden, “controlando sistemas”.

Por otro lado, la política penal es más que estructuras de procuración y administración de justicia donde se suele ubicar la tarea básica de la política criminal, se trata de cómo el poder de punición responde a esos derechos humanos en el tejido social como reflejo del orden social impuesto por el Estado y por otras instituciones no del sistema penal que deberían de ser inhibitoras del conflicto, la violencia y la estabilidad. Sí, nos referimos al discurso de contención de conflictos y armonía de convivencia que refleje en forma viva la realización de los derechos humanos. Es por eso que a 10 años de la reforma constitucional en el tema de los derechos humanos la reforma penal y todo el sistema de protección de defensa a la constitución son respuesta a “¿controlamos personas?”

Jiménez de Asúa, acertadamente afirma: “la política criminal se encuentra corriendo entre dos formas estáticas del Derecho Penal: la filosofía y la legislación vigente. Entre estas dos líneas transversales marcha pragmática y componedora la *Kriminalpolitik*”⁷, en síntesis, cuando se habla de instituciones como el ministerio público, el sistema judicial, el aparato policiaco, los aparatos represivos del Estado, estamos en presencia del sistema, del vaciamiento del poder en un sistemas de instituciones que dan racionalidad al poder penal y que lo democratizan, de tal suerte que, su deber o su fin giran en torno a la definición de los derechos humanos establecida en la constitución. Es por ello por lo que el artículo primero de la Constitución General de la República abre el espectro definitorio por obligación

⁷ Rivera Iñaki, *Op. Cit.* P 25

de la observancia sistémica de los derechos humanos y fundamentales en el ordenamiento legal nacional e internacional, al que se alinea nuestro sistema.

Fuera del campo penal, el sistema institucional constitucional obliga de forma paralela a todas las materias del derecho a obedecer y adaptar las circunstancias que refieran los derechos de las personas. Y en este sentido esas estrategias no penales tendrán que ver con el ámbito social de la política criminal incentivando que, las estructuras sociales y políticas generen funcionamientos capaces de inhibir las conductas que produzcan violencia estructural, conflictos y desemboquen en el delito, por ejemplo: el trabajo, la educación, la atención a la salud, al esparcimiento, etcétera, nos referimos a las estrategias del Estado que se articulan para la prevención social, que al mismo tiempo es reproducir estándares de ideales según el poder de definición que tenga cada estado de sí mismo.

Podemos decir entonces que a 10 años de la reforma de derechos humanos, el balance tiene dos resultados a la vista, por un lado, sí, de forma innegable el sistema jurídico penal ha cambiado las estructuras y cumplió con alinearse al discurso de la mundialización de los derechos humanos y con ello la forma de concebir el modelo constitucional también lo ha cumplido al grado que nuestro sistema presidencial ha mutado al equilibrio de la judicialización de las decisiones, propio del modelo a imitar *common law*.

La reforma orgánica del Poder Judicial Federal, y la apertura de su 11va época jurisprudencial, da cuenta por mucho de ese cambio de sistema y de la forma que la que ahora sistémicamente se percibirá el control.

Socialmente, las reivindicaciones de grupos discriminados y vulnerables han pasado de la contención a los procesos de adaptación bajo el amparo de la judicialización y los procesos legislativos como respuesta a favorecer los derechos de las personas y su pertenencia

a grupos, protegiéndolos de la violencia y los abusos estructurales por parte del Estado o el dinamismo social, muy en atención a la visión de Weber.

La misma Comisión de Derechos Humanos surgida en 1996, fue parte del cambio sistémico. Hoy es una realidad consolidada. Es innegable que en cada institución jurídica exista algún mecanismo institucional garante de los derechos de los gobernados. Como ya se dijo en el mismo sistema judicial, la víctima, el ofendido y la reparación del daños son muestra clara de conceptos fundamentales que siempre se protegen, por tanto, dicha reforma ha sido significativa cuando se habla de un México estructuralmente diferente que incluso dentro de las instituciones represoras por tradición del Estado, hoy existe todo un andamiaje legal y sistémico de derechos humanos, sin duda un paso al liberalismo Estatal.

Pero, ¿qué pasa cuando hablamos de las personas ¿en verdad el control ha cambiado? Hablar de individuos determinados en un sistema es sin duda referirnos a sujetos conormados⁸, que viven de lo que el sistema les brinda haciendo suyo en beneficio propio el discurso legal. Es aquí donde debemos de poner atención a 10 años de la reforma, porque parece ser que no todo ha funcionado como el sistema legal lo enuncia.

Un sujeto adaptado al discurso legal refleja en su comportamiento según la propia tridimensión del derecho, es decir, respeta el sistema estructural, respeta el orden social estructural, encuentra autosatisfacción en su reconocimiento y permite fluir las relaciones dinámicas establecidas, en síntesis, se reduce al estado de marginación social, se cambia la violencia o el comportamiento radical por la armonía integracionista y se encuentran poco a poco cambios estructurales que le permiten sentirse parte del sistema.

Pero hoy podemos ver que los grupos de personas contenidos o discriminados en el proceso histórico, al ir siendo reconocidos mediante los cambios del sistema, han generado procesos contradictorios hacia el mismo sistema, es decir, contrario a los procesos

de adaptación, han motivado la imposición de estructuras que vulneran lo conformado y que se imponen por vías y métodos de discursos dominantes curiosamente a contrapelo de lo que reclaman y contra las mayorías (que no por ser mayorías o estructuras conservadoras del sistema tendrían que desaparecer o someterse sino más bien adaptarse). Hoy los sujetos saben que tienen un sinfín de derechos y saben que hoy ante la flaqueza en el poder de definición política punitiva del Estado, les permiten obtener cosas o beneficios aun siendo sus reclamos “subjetivos” parte de la gestación de conflictos jurídicos que termina con dañar a otros seres humanos (que se ven cómo adversarios) y que las estructuras admiten para no ser tachadas de antidemocráticas. Hoy es preferible hacer un daño que someter la estructura a la mirada de la mundialización.

Todo a nuestro juicio, de un mal entendimiento del proceso de mundialización respecto del proceso de adaptación. Reflejo de esto, sin duda alguna, se puede encontrar en los llamados protocolos de actuación y prevención o la gestión de las peticiones o reclamos, que sin sustentos objetivos se reclama o sin recibir una sanción por no demostrar lo dicho y donde en la mayoría de los casos tampoco hay un poder reparador, nos referimos al toleramiento institucional que por no reaccionar a reclamos violentos so pena de ser reclamos históricos permiten daños al patrimonio público, vejaciones a los guardianes del orden e incluso a otros ciudadanos. Entendemos que muchos de los cambios sociales son producto de la cerrazón histórica, de opresión, del autoritarismo; también es comprensible porque a la luz de la historia los sistemas cambian en la lucha violenta donde A vs B, significa B somete o elimina a A o donde B sigue siendo parte de A bajo nuevas condiciones⁹.

⁹ Sánchez Sandoval, Augusto, “Sistemas Ideológicos y Control Social”. México, IJ UNAM, 2005, P 4

Pero los procesos de cambio en el derecho siempre y de forma axiomática hasta hoy parten de la inclusión con exclusión, y en esta modernidad globalizada, la mundialización y la globalización comparten esos axiomas; es por ellos que es inadmisibles a diez años de la reforma en derechos humanos que los cambios signifiquen en la visión del hombre por el hombre, una lucha de hombres por el sistema y por otros hombres.

Ejemplos hay muchos, desde cómo la sociedad percibe a la policía porque los protocolos de actuación por un lado le autorizan a usar la fuerza¹⁰ y por otro lo restringen a decidir cuando hay una agresión real actual inminente¹¹, y por tanto el policía prefiere correr y abandonar su actuar. Podemos pensar en los oficiales de policía que por ignorancia e indebida capacitación matan a un detenido y son juzgados por feminicidio, no por homicidio doloso (cómo se sabe si la mataron por el sólo hecho de ser mujer); donde están los límites del derecho a corregir y la violencia; el derecho a reclamar a un profesor o chantajearlo mintiendo y sometiendo su palabra contra la del estudiante, pero a la aplicación del protocolo el profesor o el trabajador son separados de su cargo; donde están quedando la fama pública y la estigmatización de los afectados penalmente por imputaciones abstractas que no se acreditan en el derecho penal científico; porque en pro del lenguaje inclusivo se sanciona al que se formó y educó bajo un lenguaje que tiene formulas neutras respecto del género; dónde quedó la confianza en el servicio público y por tanto todo deberá hacerse con pruebas y videos; dónde quedó el verdadero sentir del derecho a la verdad que hoy es usado para incriminar, demandar y exhibir o poner en tela de juicio a otro; cientos de casos podemos describir de forma somera entonces ¿Qué pasa?

¹⁰ Cfr. Ley Nacional de Uso de la Fuerza

¹¹ Cfr. Código Penal Federal, Causas de Justificación.

Venimos de una sociedad de abusos, pero ¿debemos pagar con abusos? En verdad esos hombres producto de un sistema actúan en la moralidad que requiere el verdadero reconocimiento y uso de los derechos humanos. Esas estructuras de los derechos humanos en verdad fuera del derecho penal duro y las percepciones de la violencia han cambiado la pobreza, el desempleo, han permitido el acceso a los servicios de salud, en verdad nos preocupamos más por los niños que venden dulces a las afueras del centro comercial a la vista de sus padres explotadores, que por el niño regalado por su profesor.

La conducta del hombre dentro de la sociedad de reglas es reflejo inequívoco del cambio estructural de los sistemas político y jurídico, entonces ¿qué pasa?

El hombre íntegro, el ciudadano, responden desde la ética social¹², porque ésta es sustancia de sus derechos ¿los derechos humanos positivizados son en México impulsores de hombres satisfechos en sus reclamos y éticos por civilidad?

Los derechos humanos son parte del andamiaje jurídico que nos guste o no implican satisfacción de vida a través de normas, pero también, control armonioso, aunque ese control no signifique sanción. Inclusión y satisfacción armonía sustantiva, fáctica y sistémica, por tanto, control de individuos.

¹² Álvarez León José Antonio. “Reflexiones desde la Ética Social, para la Prevención del Delito y la Violencia”, México, Posgrado UNAM, Edición en curso 2021.

IV. POLÍTICA CRIMINAL, DERECHO PENAL CIENTÍFICO Y LOS DERECHOS HUMANOS

Fuera de las percepciones que genera el control respecto del sistema o del control de los individuos, hay una visión científica que democratiza y tras luce los alcances y relaciones del derecho penal con los derechos humanos; dichos alcances son la verdadera radiografía de la evolución o no del derecho penal. Como ya se dijo desde el mandato constitucional de la política penal estatal, en este caso a 10 años de la reforma, significa el respeto irrestricto de los derechos humanos y la satisfacción de los compromisos internacionales en el tema.

Pero en realidad la política penal no cambia porque cambien las estructuras formales donde se opera el poder formal punitivo; el derecho penal cambia si se acredita científicamente que los efectos sobre las personas cambiaron en función de la nueva política, es decir, desde la evidencia científica de los resultados que demuestran que el Estado actúa conforme lo requerido y que la población lo vive a plenitud.

Desde siempre, la política criminal a utilizado los llamados fantasmas criminológicos¹³ para poner en duda el tratamiento oficial respecto del delito, las penas y las medidas de seguridad. Hablamos de herramientas empíricas que acrediten la evolución o retroceso en las estrategias de políticas públicas operativas respecto de estos temas o bien para evidenciar la nula atención del estado ante el fenómeno del delitos o de la violencia y el conflicto dentro de las estructuras sociales.

Es entonces necesario poner sobre la mesa algunas reflexiones. Como hemos dicho, hace 10 años la política penal se circunscribió a la protección y reconcomiendo de los derechos humanos, hoy es justo el momento de recurrir a información oficial que nos muestre si el cambio en verdad llegó y si esos derechos en el contexto de la mundialización y globalización van viento en popa o en verdad tendrán retos complejos.

Ya vimos desde el campo de la percepción como elemento aparente y subjetivo que en ciertos casos parece que el cambio ha reflejado el paso de una complejidad¹⁴ a otra, pero carecemos de información científica concreta para afirmar con contundencia. Pero no es igual cuando hablamos de los indicadores en materia de política criminal respecto de sus objetos en la definición limitada (delito, penas, medida de seguridad e indicadores de violencia).

Partiremos de una afirmación, si el derecho penal se hubiese apegado a los derechos humanos hoy los indicadores científicos mostrarían disminución respecto del control punitivo con los individuos, pero también evidenciarían cambios sustanciales en los resultados por el cambio en la impartición y procuración de justicia. En el campo social bajarían los indicadores de violencia, conflicto y aumentarían los de bienestar.

Veamos sólo algunos ejemplos.

- En los últimos no diez sino treinta años, el porcentaje promedio anual de sentenciados en culpabilidad del sistema penal es y sigue siendo 2% de los procesos iniciados¹⁵.
- En el rubro de quejas iniciadas en la Comisión de Derechos Humanos de forma global en los últimos 10 años el aumento es progresivo¹⁶.
- El número de carpetas iniciadas en los últimos 10 años en el Estado de México no tiene disminución significativa respecto el número de averiguaciones previas iniciadas al último año del sistema inquisitorio mixto

¹⁴ Cfr. Luhmann, Niklas, “Confianza”, México, Anthropos, UIA, 2005, p 10.

¹⁵ Cfr. Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-87005> Incidencia delictiva y sentencias sep 2021.

¹⁶ Cfr. Sistema Nacional de Alertas de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. https://appweb2.cndh.org.mx/SNA/ind_EF_SM.asp?Id_Estado=10&p=1 Consultado sep/21

- Los señalamientos de *Human Rights Watch* respecto a México en el último lustro son negativos¹⁷.
- La incidencia delictiva en los delitos de impacto en el último lustro indica movilidad respecto de los delitos, pero en general global de estos según la clasificación mexicana (de que es un delito de impacto) los números son sostenidos.
- En el municipio de Atizapán de Zaragoza y Naucalpan, Estado de México, se muestra que la gente desconoce su reglamentación y las formas de resolver sus conflictos; también ven en la autoridad un factor que propicia el toleramiento favoreciendo conductas contrarias a la propia reglamentación municipal; y la mayoría de las personas que tienen contacto con la autoridad administrativa para resolver controversias termina arreglando sus problemas solos (enfrentando el conflicto) o concluyen en la comisión de delitos por hacerse justicia por sí mismos¹⁸.

Estos datos, federales, estatales y municipales muestran que, el sistema penal sigue activo, y no responde a los procesos de paz que son la fórmula de resolver conflictos con base en el respeto y los derechos humanos; el sistema penitenciario sigue estando en la misma lógica punitiva que el Estado incentiva y que la gente desconoce la ley, por último, el discurso de la CNDH, muestra notoriamente que, sistemas e individuos no tiene una conexión integral cuando se habla de una cultura cívica de derechos humanos y el sistema punitivo pese al cambio de estructuras sigue respondiendo a otras dinámicas e intereses.

¹⁷ Cfr. Indicadores México, *Human Rights Watch*, <https://www.hrw.org/es/world-report/2021/country-chapters/377395> Consultado sep2021.

¹⁸ Cfr. Alvarez León José Antonio (coord.). Proyecto de Investigación PAIDI, “El entorno personal del Individuo y su espacio de movilidad, Situacional, en los Municipios de Naucalpan de Juárez y Atizapán de Zaragoza (parte dos). 2017-2018”. México, Fes Acatlán UNAM, 2019.

Parafraseando a Asúa¹⁹ recordamos que decía, la declaración de derechos humanos de 1948 orienta a la creación y divulgación universal de los derechos humanos... pero queda pendiente la enseñanza y comprensión de éstos. Esto sintetiza justamente lo que el derecho penal nos muestra, transformar un sistema de estructuras, evidentemente nos mostrará cambios en la forma de su funcionamiento, pero, si los individuos en su actuar no cambian sus pretensiones, sus dinámicas y con ello forzan el funcionar del Estado, la tarea será siempre inconclusa.

Diez años son el parámetro para dar cuenta científicamente de un cambio progresivo o de la gestación de un problema trascendente entonces el diagnóstico es claro, y el reto es, enseñar, comprender y saber usar dichos derechos.

V. EPÍLOGO

México celebra con entusiasmo la reforma integral de los derechos humanos. Esto significó responder en tiempo a los retos de la globalización a través de la mundialización de los derechos para proteger al ser humano en la extensión de las necesidades propias del avance vertiginoso de la sociedad posmoderna. Las estructuras jurídicas del cambio ya dieron fruto institucional y van empujando nuevos paradigmas de la justicia y la democracia, particularmente en el sistema penal y las políticas estatales en este tema, sin embargo, la radiografía científica nos muestra que hemos educado y culturizado los derechos humanos, su uso y su sentir.

No hemos hecho de esa herramienta un instrumento de civilidad y de justicia plena; por tanto, tampoco hemos debelado las intenciones no declaradas del Estado mexicano para saber si en verdad buscamos una armonía social y moderna.

¹⁹ Cfr. Rivera Iñaki, *Op. Cit.*, P 164

Desafortunadamente los indicadores básicos en derecho penal siguen mostrando estructuras duras y controladoras pese al sistema de derechos humanos, y encontramos en la misma constitución las llamadas restricciones expresas como un no sometimiento del estado mexicano cuando sienta que el poder soberano lo doblegue al cambio.

La política criminal moderna en nuestro país se define con rumbo directo en atención del nuevo antropocentrismo racional y moderado; pero los hechos nos afirman que los satisfactores buscados en la globalización producirán más diferencias y limitaciones por la concentración grosera de la riqueza, más la miseria generada. Estos hechos incidirán en la comisión de delitos y la reacción del Estado, poniendo a prueba al sistema de justicia penal y de derechos humanos.

El individuo deberá de conocer que el derechos humanos es convivencia social racional y perspectiva ética de cambio; si esto no se logra entender difícilmente daremos cuenta en los siguientes 10 años de otra celebración.

VI. REFERENCIAS

1. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez León, José Antonio (coord.). Proyecto de Investigación PAIDI, “El entorno personal del Individuo y su espacio de movilidad, Situacional, en los Municipios de Naucalpan de Juárez y Atizapán de Zaragoza (parte dos). 2017-2018”. México, Fes Acatlán UNAM, 2019.

—, José Antonio. “Reflexiones desde la Ética Social, para la Prevención del Delito y la Violencia”, México, Posgrado UNAM, Edición en curso 2021.

De Giorgi, Raffaele, “*Filosofía del Derecho Y Teoría de Sistemas*” Rev. Cuadernos de Posgrado, serie A 11, Edo. México, UNAM ENEP Acatlán.

Inostroza, Fernando. “*TLC en contexto de la globalización*”, Rev A, México, UAM.AZC, 1992.

- Luhmann, Niklas, “Confianza”, México, Anthropos, UIA, 2005.
- Norbert, Elías. “La sociedad de los Individuos”, Barcelona, Península, 2002.
- Rivera Beiras, Iñaki. *Política Criminal y Sistema Penal*. España, Anthropos, 2005.
- Sánchez Sandoval, Augusto. (Coord.), “Antología de Criminología” México, UNAM Fes Acatlán, 2005.
- , Augusto, “Sistemas Ideológicos y Control Social”. México, IJ UNAM, 2005.
- Warnier, Jean Pier. *La Mundialización de la cultura*, Barcelona, Gedisa, 2002.

2. CIBERGRAFÍA

- Indicadores México, Human Rights Watch, <https://www.hrw.org/es/world-report/2021/country-chapters/377395> Consultado sep2021
- Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-87005> Incidencia delictiva y sentencias sep 2021.
- Sistema Nacional de Alertas de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. https://appweb2.cndh.org.mx/SNA/ind_EF_SM.asp?Id_Estado=10&p=1 Consultado sep/21

3. LEGISGRAFÍA

- Código Penal Federal.
- Ley Nacional de Uso de la Fuerza.

ALCANCES DEL DERECHO A LA SALUD EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PROFESIONALES MÉDICOS

Javier Díez García¹

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce de forma expresa el derecho a la salud y, con ello, su protección. En este sentido, dicho precepto señala que, a partir de las diferentes normativas, se debe definir un sistema que garantice el bienestar, así como la extensión progresiva, cualitativa y cuantitativa de los servicios de salud. Para lograr este objetivo, el legislador ha creado un entramado normativo bastante amplio, en el que confluyen leyes generales, reglamentos y normas oficiales, no obstante, las normas principales a considerar en lo relativo al derecho a la salud son la Ley General de Salud, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica y la NOM-004-SSA3-2012, del Expediente Clínico.

II. LEY GENERAL DE SALUD

Esta ley se encarga de reglamentar el derecho a la protección de la salud en los términos de lo dispuesto por el artículo 4 constitucional, enumerando siete finalidades principales del derecho a la protección de la salud a lo largo de su artículo 2. Estas finalidades están integradas por: i) el bienestar físico y mental del individuo en aras de contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades; ii) la prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana; iii)

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de León (España). Profesor de Derecho Penal. ORCID: 0000-0002-9351-4072. Correo de contacto: dr.javier.diez@outlook.com

la protección y acrecentamiento de los valores tendentes a mejorar la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que repercutan en un mayor desarrollo social; iv) el aumento de actitudes solidarias y responsables que permitan preservar, conservar, mejorar y restaurar la salud; v) que las necesidades de la población en relación al disfrute de servicios de salud y de asistencia social se colmen eficaz y oportunamente; vi) la existencia de un conocimiento adecuado que permita un aprovechamiento y utilización de los servicios de salud; y vii) el desarrollo de la enseñanza e investigación científica y tecnológica para la mejora en la salud.

De todas estas finalidades, a efectos del presente capítulo interesan, especialmente, las relativas al disfrute de servicios de salud que atiendan las necesidades de la población, así como el adecuado conocimiento en el uso de los servicios de salud.

Por lo que respecta al primero de ellos, es fundamental interrelacionar esa necesidad de servicios de salud para la población con lo que se debe entender por servicio de salud como tal. En este sentido, y a tenor de lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley General de Salud -en adelante LGS-, se considera a los servicios de salud como “todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad”. Esta conceptualización de los servicios de salud puede generar importantes debates a la hora de interpretar los alcances e implicaciones de los servicios de salud a efectos jurídicos, como se verá más adelante.

Por otra parte, en lo concerniente a la segunda finalidad más destacada, esto es, el adecuado conocimiento en el uso de los servicios de salud, es importante considerar que el legislador no especifica, de forma expresa, si ese conocimiento se refiere a la población o al personal de salud. Debido a ello, en el presente capítulo se abordarán ambas perspectivas en cuanto a esa necesidad de conocimiento, pues tanto desde una como desde otra se pueden presentar efectos jurídicos de gran relevancia.

III. REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ATENCIÓN MÉDICA

El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica -en adelante, Reglamento- complementa lo dispuesto por la LGS a la hora de identificar la extensión de los servicios de salud, ya que el artículo 8 del Reglamento prevé cuatro tipos de actividades de atención médica a desarrollarse por los servicios de salud: preventivas, curativas, de rehabilitación y paliativas. Todas ellas, deben llevarse a cabo en el marco de lo establecido por el artículo 9, es decir, de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica. Esta precisión resulta esencial a la hora de poder identificar los supuestos en los que esa atención profesional puede apartarse de lo aceptado y establecido, dando lugar a la posible aparición de conductas sancionables administrativa, laboral, civil e, incluso, penalmente.

De igual forma, el artículo 9 del Reglamento sirve de base esencial para comprender el elemento indeterminado del conocimiento del uso de los servicios de salud, pues a partir del citado precepto se puede identificar dicho uso con el acomodamiento de la prestación en el marco de la normativa y literatura médicas. Precisamente, este artículo 9 resulta fundamental para poder valorar la existencia de algún tipo de conducta que se aparte de lo ideal y, con ello, que surjan escenarios de responsabilidad de diversa índole.

Es así que, a partir de la unión de la LGS con el Reglamento se pueden comenzar a visualizar los límites y alcances de la atención médica que se debe prestar en los servicios de salud partiendo, en todo momento, de la necesidad de adecuar las conductas no solamente a la normativa, sino también, a la literatura médica aplicable, conformando una especie de frontera bidimensional que no debe ser traspasada en aras de garantizar el adecuado acceso al derecho a la salud. En esta tesitura, todas aquellas acciones u omisiones que se aparten de ese contorno formado por el binomio

norma-literatura puede generar responsabilidades, por lo que, en este aspecto, la legislación se complementa con la doctrina haciendo que se deba atender a ambas para poder identificar situaciones ilícitas susceptibles de sanción.

IV. NOM-004-SSA3-2012, DEL EXPEDIENTE CLÍNICO

La NOM 004-SSA3-2012 es igualmente fundamental para poder analizar la existencia de posibles conductas desviadas de lo dispuesto por la legislación. En este sentido, esta NOM guarda una gran importancia a la hora de identificar conceptos y términos básicos en la prestación de servicios médicos, siendo uno de ellos el de atención médica. Es así que dicha NOM-004-SSA3-2012 define a la atención médica como el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo con el fin de promover, proteger y restaurar su salud. Partiendo de esta definición, la extensión de la atención médica no sólo se reduce al hecho de ser objeto de una exploración física, de ser diagnosticado o de ser sujeto a un tratamiento, pues la atención médica abarca desde la primera toma de contacto con el paciente.

Esta circunstancia implica que la atención médica no solo debe estar presidida por un amplio conocimiento especializado por parte del personal de salud, sino también por una calidez, educación y empatía con el paciente, de tal modo que el trato siempre sea respetuoso, digno e informando en todo momento al paciente de su estado para lo cual se deben utilizar términos sencillos, claros y que, en su caso, el usuario o sus familiares puedan comprender. Esta necesidad de información al paciente se encuentra reconocida expresamente en la Carta de los Derechos de los Pacientes, para lo que es imprescindible informar de manera suficiente, clara, oportuna y veraz al paciente acerca de su estado, de su pronóstico y, en su caso, de sus opciones de tratamiento.

Con base en lo anterior, todo paciente tiene, por tanto, el derecho a ser informado de forma clara, comprensible y ajustada a la realidad, en aras de garantizarse una atención médica adecuada, lo que a su vez supone, también, que el paciente pueda obtener una segunda opinión sobre su diagnóstico. Este punto redundante en lo ya previsto por el artículo 29 del Reglamento, el cual señala expresamente que “todo profesional de la salud, estará obligado a proporcionar al usuario y, en su caso, a sus familiares, tutor o representante legal, información completa sobre el diagnóstico, pronóstico y tratamiento correspondiente”. De este modo, se plasma, mediante una fórmula legal, no sólo la facultad, sino la necesidad, mandato y obligatoriedad de informar al paciente respecto a su estado, de una forma profesional, cálida y cercana.

Frente a una vulneración de este derecho del paciente a ser tratado de una forma digna o a ser informado de forma clara, el usuario dispone de varias opciones, tales como la administrativa, a través de la interposición de queja; la civil, a partir de la presentación de demanda; y la penal, como consecuencia de la probable comisión de un delito de responsabilidad profesional. Esta última vía será la que analizaremos a efectos del presente capítulo, pues intentar abarcar todas sería imposible en un trabajo de esta extensión.

El reconocimiento del derecho a la atención médica en su vertiente de trato digno y de información adecuada no se quedan en una declaración vacía de contenido, pues se cuentan con opciones para hacer valer este derecho en aras de garantizar la atención médica entendida en el sentido más amplio de la palabra.

V. EL CONOCIMIENTO SOCIAL DE LOS SERVICIOS DE SALUD

El conocimiento de la sociedad a la hora de valorar qué son o qué representan los servicios de salud suele ser bastante certera en cuanto a que se considera desde los tiempos de espera hasta la atención efectivamente recibida e, incluso, en relación a las instalaciones. En

este sentido, ya en el año 1994 se señaló que el 82% de los usuarios pensaba que la calidad general de los servicios de salud en México era buena,² porcentaje que se ha ido manteniendo a lo largo de los siguientes años como así se desprende de los estudios más recientes realizados en relación a la percepción de los usuarios respecto a la calidad de los servicios de salud mexicanos.³

Más allá de si los usuarios están satisfechos con las atenciones recibidas, es importante destacar que ese 20% que no se encuentra conforme con los servicios de salud cuenta con diferentes opciones de reclamación. De hecho, de las últimas estadísticas facilitadas por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), que datan de 2021, se desprende que, en dicho año, esta Comisión recibió un total de 15408 asuntos,⁴ lo que contrasta con los 11382 recibidos en el año 2020,⁵ pues se produjo un aumento en las inconformidades y sospechas ante posibles atenciones médicas inadecuadas. No obstante, ambos datos representan una mejoría respecto al año 2019, en el que la CONAMED recibió 17358 asuntos.⁶ En todo caso, es necesario destacar que las opciones de reclamación no se reducen a la presentación de quejas, orientaciones o asesorías ante

² Ramírez Sánchez, Teresita de Jesús, Nájera Aguilar, Patricia, Nigenda López, Gustavo, “Percepción de la calidad de la atención de los servicios de salud en México: perspectiva de los usuarios”, *Salud Pública México*, vol. 40, núm. 1, enero-febrero, 1998, p. 8,

³ Reyes Morales, Hortensia, Flores Hernández, Sergio, *et al.*, “Percepción de los usuarios sobre la calidad de la atención ambulatoria en servicios de salud en México”, *Salud Pública México*, vol. 55, suplemento 2, 2013, p. 103.

⁴ Comisión Nacional de Arbitraje Médico, *Información estadística 2021*, Gobierno de México, 2021, disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/708309/Cuadros_Estadisticos_4oTrim_2021.pdf

⁵ Comisión Nacional de Arbitraje Médico, *Información estadística 2020*, Gobierno de México, 2020, disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/606264/Cuadro_Estadistico_01_4oTrim2020.pdf

⁶ Comisión Nacional de Arbitraje Médico, *Información estadística 2019*, Gobierno de México, 2019, disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/541044/2019_Cuadro_Estadistico_1.pdf

esta Comisión, pues existen toda una serie de posibilidades añadidas como serían, por ejemplo y entre otras, en el ámbito administrativo la presentación de queja ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) o Comisiones Estatales de Derechos Humanos; en el ámbito civil, la posible reclamación por daño moral derivada de las acciones ilícitas en el marco del servicio de salud; o en el ámbito penal, por la probable comisión de delitos.

Dado el ámbito de estudio del presente escrito, al centrarse en el derecho penal es fundamental prestar atención, en todo momento, al tipo reconocido en algunos códigos de México como delito de responsabilidad profesional⁷ y, en otros, como delitos cometidos en el ejercicio de actividades profesionales o técnicas,⁸ pues se trata de un tipo que, en un gran número de ocasiones, actuará en concurso ideal con otros delitos de gran incidencia en la práctica médica, tales como homicidio o lesiones. Además, en función del código a aplicarse, este delito prevé una serie de supuestos sancionables como, entre otros, la retención del paciente por motivos económicos, la negativa de atención o el abandono de ese paciente.

Es bien sabido que la doctrina ha abogado de forma reiterada por clasificar al derecho penal como la última *ratio* del derecho,⁹ es decir, por aplicarse cuando otras opciones no han resultado ser suficientes, sin embargo, lo cierto es que la práctica jurídica parece

⁷ A título de ejemplo, se pueden ver el Código Penal Federal, el Código Penal para el Distrito Federal, el Código Penal para el Estado de Nuevo León, o el Código Penal del Estado de Chiapas, entre otros.

⁸ Por ejemplo, el Código Penal del Estado de México.

⁹ Véanse Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, Editorial B de F, Argentina, 2003, p. 109; Díaz Aranda, Enrique, *Lecciones de Derecho Penal*, UNAM, México, 2014, p. 108; Quintero Olivares, Gonzalo, *Parte general del derecho penal*, Aranzadi, España, 2015, pp. 344-345; Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, *Manual de introducción al derecho penal*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 2019, p. 80.

decantarse por concebir al derecho penal como el primer y más fuerte elemento de aplicación de tal modo que, como señala Cutrale, se crea más bien un derecho penal del enemigo.¹⁰

de tal modo que se configura como un factor esencial en lo que Feuerbach consideraría como “coacción psicológica”. Esta utilización del derecho penal como primer instrumento de acción ya fue valorada en el año 2015 por la Cámara de Diputados mexicana, al señalar que “en el derecho comparado internacional [...] se observa que la tendencia es la mala praxis encuadrada en la responsabilidad penal y la obligación de reparar el daño a través de la responsabilidad civil”,¹¹ lo cual se continúa manteniendo en nuestros días como consecuencia del notorio efecto intimidador de la posible pena de prisión.

En este sentido, desde una perspectiva más absoluta en términos de pena, podría justificarse esa acción inicial del derecho penal bajo la idea de Fletcher de expresar una “solidaridad con la víctima”, pues desde un enfoque retributivo, la pena es la consecuencia justa y necesaria del delito cometido y, como tal, puede ser considerada en primer término. En todo caso, a pesar de que este debate sobre la aplicabilidad inicial o posterior del derecho penal no constituye el objeto del presente capítulo, sin embargo es preciso ponerlo sobre la mesa debido a que en el supuesto de las conductas ilícitas cometidas en el ejercicio de la profesión médica, se suele hacer uso inmediato del derecho penal.

¹⁰ Cutrale, Elisabetta, “Terrorismo y derecho penal. Del derecho penal como instrumento de última ratio al derecho penal del enemigo”, *Anales de la cátedra Francisco Suárez. Protocolo I. Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho: manifestaciones y tendencias*, Universidad de Granada, España, 2021, pp. 89-107.

¹¹ Gamboa Montejano, Claudia y Valdés Robledo, Sandra, *Responsabilidad de los profesionales de la salud. Derecho comparado a nivel internacional y local. Iniciativas presentadas y notas periodísticas (segunda parte)*, Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, México, noviembre, 2015, p. 90.

1. LOS PROFESIONALES DE LA SALUD: CONOCIMIENTO Y RESPONSABILIDAD PENAL

El conocimiento de los servicios de salud y las obligaciones de los profesionales de salud van más allá de una mera declaración de intenciones que, en el primer caso, pueda reducirse a saber qué es un servicio de salud entendido como aquel servicio encaminado a proteger la salud del paciente y, en el segundo supuesto, se traduzca en un simple juramento hipocrático que quede en palabras a pronunciar a efectos de alcanzar la condición de sanitario. En este sentido, Barajas Ochoa, Andrade Romo y Ramos Santillán, explican que se requiere “adaptar el sistema de educación médica en México [...] así como definir el riesgo de exposición aceptable de acuerdo con el adiestramiento”.¹²

El conocimiento de los servicios de salud se debe asentar en la efectiva práctica, de una forma completa, de las acciones orientadas a salvaguardar la salud del usuario, entendidas éstas en el sentido más amplio del término. De este modo, como ya se avanzó con anterioridad, la atención médica no sólo debe reducirse a actos de exploración física y de prescripción de medicamentos, sino que debe ser mucho más extensa, abarcando la posibilidad de que el paciente pueda recurrir a una segunda opinión médica, a ser tratado con calidez y respeto, a ser informado, así como a obtener un diagnóstico especializado.

Continuando con los últimos puntos presentados, resulta especialmente importante destacar que el derecho del paciente a obtener una segunda opinión médica debe ser respetado en todo momento, sin que el profesional de la salud pueda ejercer acciones tendentes a afectar la esfera jurídica del usuario tales como, por ejemplo, en el caso de la sanidad privada, aumentar los honorarios de su consulta

¹² Barajas Ochoa, Aldo, Andrade Romo, Jorge y Ramos Santillán, Vicente, “Retos para la educación médica en México en los tiempos del COVID-19”, *Gaceta médica de México*, México, 2020, p. 256.

tras haber acudido con otro galeno. De igual forma, está totalmente prohibido que el médico o la institución sanitaria condicionen ese acceso a la segunda opinión al hecho de que pague su consulta o cubra sus adeudos, pues ello puede ser constitutivo de, entre otras, una responsabilidad penal, al poder encuadrarse la conducta, por ejemplo, en el caso de la Ciudad de México, en el delito de responsabilidad de directores, encargados, administradores o empleados de centros de salud y agencias funerarias, por requerimiento arbitrario de la contraprestación previsto en el artículo 327 del Código Penal para el Distrito Federal;¹³ en el supuesto de Chiapas, encuadrable en lo dispuesto por el artículo 469 del Código Penal del Estado de Chiapas;¹⁴ en el caso de Nuevo León, atendiendo a lo establecido por el artículo 229 del Código Penal para el Estado de Nuevo León,¹⁵ o en el escenario federal, de conformidad con el artículo 230 del Código Penal Federal.

¹³ Artículo 327. Se impondrán de tres meses a dos años de prisión, de veinticinco a cien días multa y suspensión de tres meses a dos años para ejercer la profesión, a los directores, encargados, administradores o empleados de cualquier lugar donde se preste atención médica, que: I. Impidan la salida de un paciente, aduciendo adeudos de cualquier índole; II. impidan la entrega de un recién nacido, por el mismo motivo; o III. Retarden o nieguen la entrega de un cadáver, excepto cuando se requiera orden de autoridad competente.

La misma sanción se impondrá a los directores, encargados, administradores o empleados de agencias funerarias que retarden o nieguen indebidamente la entrega de un cadáver.

¹⁴ Artículo 469. Se impondrá sanción de seis meses a dos años y multa de diez a cien días de salario a los directores, encargados o administradores de cualquier centro hospitalario cuando incurran en alguno de los casos siguientes: I. Impedir la salida de un paciente, de un recién nacido, a la madre de éste o de ambos, cuando éstos o sus familiares lo soliciten, aduciendo el activo adeudos de cualquier índole. II. Retardar o negar por cualquier motivo la entrega de un cadáver, excepto cuando se requiera orden de autoridad competente.

¹⁵ Artículo 229. Se sancionará con prisión de dos a seis años y multa de diez a cincuenta cuotas a los directores, encargados o administradores de cualquier centro de salud, en los casos siguientes: I. Impedir la salida de un paciente, cuando este o sus familiares lo soliciten, pretextando adeudos de cualquier índole; II. retener, sin nece-

Por otra parte, la calidez y el respeto en el trato y modo de dirigirse al paciente constituye otro punto de trascendencia a la hora de poder valorar posibles situaciones problemáticas, pues si bien es cierto que un trato indigno no sería susceptible de provocar una responsabilidad penal -a no ser que se traduzca en amenazas-, sin embargo, puede dar lugar a responsabilidades de tipo administrativo y/o laboral. No obstante, a efectos del presente, resulta más importante revisar las implicaciones del derecho a ser informado, ya que muchas veces se concibe, de forma errónea, como una causa de justificación en el ámbito penal a partir de la firma de la conocida carta de consentimiento informado.

2. ALCANCES LEGALES DEL DERECHO A SER INFORMADO

La Carta de Derechos de los Pacientes reconoce, de forma expresa, en su quinto punto, el derecho del usuario de otorgar o no su consentimiento válidamente informado, de tal modo que, siempre que un procedimiento pueda conllevar un riesgo, el paciente deberá ser informado de forma amplia y completa tanto de los beneficios como de las complicaciones que puedan presentarse durante el acto a desarrollarse. En esta tesitura, la explicación que debe darse al paciente debe reunir dos características fundamentales: entendible y extensa.

Por lo que corresponde a la explicación entendible, hay que destacar que el paciente no es, ni mucho menos, perito en la materia médica pues, de hecho, desconoce los tecnicismos y términos especializados que se manejan en el lenguaje sanitario. Así, a efectos del

sidad, a un recién nacido, por los motivos a que se refiere la parte final de la fracción anterior; y III. retardar o negar, por cualquier motivo, la entrega inmediata de un cadáver, excepto cuando se requiera orden de autoridad competente.

⁴a misma sanción se impondrá a los encargados o administradores de agencias funerarias, que aduciendo adeudos o por cualquier otro motivo injustificado, retarden o nieguen la entrega de uno o varios cadáveres.

cumplimiento de información, es incorrecto señalar al paciente que se le va a realizar, por ejemplo, una queratectomía, una exéresis, una conización o un cerclaje cervical, entre otras, pues si bien se tratan de palabras que en el ámbito médica pueden resultar familiares, sin embargo, a la hora de externarlas a un paciente, constituyen términos completamente desconocidos para éste, por lo que, a efectos prácticos y legales, ese paciente no está siendo informado. Con base en ello, para que se pueda afirmar que el paciente fue informado, el médico deberá realizar una explicación extensa de lo que supone el procedimiento.

En cuanto a la explicación extensa, el profesional de la salud no puede limitarse, únicamente, a decir que se extraerá del paciente un cuerpo extraño, o que se llevará a cabo una limpieza de alguna parte del cuerpo del usuario, sino que, además, deberá presentarle, con claridad, el modo en el que se realizarán las intervenciones, aludiendo, igualmente, a los riesgos que se pueden llegar a dar. Precisamente, este punto de los riesgos se suele considerar, equivocadamente, como un elemento abierto de defensa frente a posibles reclamaciones legales, especialmente de tipo penal, encuadrándolo en una causa excluyente del delito bajo la figura del cumplimiento de un deber o de ejercicio de un derecho.

Las cartas de consentimiento informado -en adelante CCI- que, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 10.1.1.6 de la NOM-004-SSA3-2012 del Expediente Clínico, deben señalar los riesgos esperados del acto médico autorizado, suelen ser utilizadas, con cierta frecuencia, como elementos justificantes de posibles complicaciones, sin embargo, en muchos casos, este uso de la CCI como documento de defensa es deficiente, de tal modo que se convierte, más bien, en un medio de ataque como consecuencia de los fallos que presenta. Uno de los errores más reiterados que se suele presentar es señalar como riesgos todo un listado interminable de eventualidades que, generalmente, suelen terminar con una fórmula del tipo: “incluso la muerte”.

La equivocación generalizada que suele darse se basa en mencionar un abanico enorme de riesgos pensando que, al haber sido presentado en la CCI, se justifica cualquier tipo de inconveniente que se pudiera llegar a presentar. Para comprender cuáles son los riesgos de un acto médico, es necesario considerar que, a efectos legales, éstos vienen dados por la literatura médica que, en el caso de México, se complementan por lo previsto en las conocidas como guías de práctica clínica -en adelante GPC-. Estas GPC son instrumentos que sirven para mejorar la atención sanitaria a partir de la previsión de toda una serie de recomendaciones estructuradas que son aplicables a los diferentes casos que se pueden presentar en el ámbito médico como, por ejemplo, cuidados paliativos, tratamiento de la apendicitis aguda o diagnóstico y tratamiento de miomatosis uterina, entre muchos otros. Además, en estas GPC se presentan los riesgos que se pueden presentar en las diferentes intervenciones, lo cual representa el límite de análisis de valoración de esos riesgos señalados en las CCI.

No todo riesgo que se coloque en la CCI es realmente un riesgo, es decir, no por ponerlo en la carta, se convierte, automáticamente, en una posible eventualidad asumida por el paciente, sino que, por el contrario, se debe considerar como riesgo aquel que sea concebido como tal por la literatura médica. De esta forma, el listado de riesgos no es tal por el hecho de que el galeno diga que, ante una intervención, pueden ocurrir lesiones graves, irreversibles, pérdida de un miembro o, incluso, la muerte, sino que los riesgos serán aquellos que, realmente, sean inherentes al procedimiento. Así, por ejemplo, en el caso de una fractura de codo y de conformidad con la GPC de Diagnóstico y Tratamiento de las Lesiones Traumáticas del Codo en el Adulto, no se puede considerar como válido el riesgo de muerte, ello a pesar de que en la CCI aparezca mencionado y de que el paciente la haya firmado, pues los riesgos en este tipo de intervenciones serían reacciones a medicamentos, infecciones,

posible pérdida de fuerza en el brazo, disminución del rango de movimiento del codo, lesión a nervios o vasos sanguíneos, necesidad de fisioterapia o la propia cicatriz consecuencia de la intervención.

El señalamiento de riesgos en la CCI debe estar vinculado, por tanto, con el procedimiento a realizar, siendo de irrelevancia jurídica que el médico enumere riesgos que no son inherentes a la intervención. Indicar que un riesgo de la operación puede ser la muerte cuando ésta no se encuentra prevista o reconocida por la literatura médica implica que el hecho de que se llegue a dar no esté amparado por una excluyente del delito como sería el cumplimiento de un deber o el consentimiento de la víctima u ofendido, pues ambas figuras se dan en el marco de una actuación apegada a derecho del sujeto activo, siendo que esta adecuación no debe ser entendida como, únicamente, la invocación de un artículo de la norma, sino la realización de una conducta que cumple con todos y cada uno de los mandatos y presupuestos previstos por la ley y, además, por la literatura médica. Por ello, incluir en las CCI riesgos de mucho mayor impacto que los realmente reconocidos por la bibliografía implica, en primer término, afectar el consentimiento del paciente al no presentarle con claridad, realidad y precisión los alcances y efectos del procedimiento que se llevará a cabo, así como, en segundo lugar, supone falsear la información prestada en aras, tal vez, de que el facultativo piense que se encuentra en un erróneo estado de protección frente a posibles reclamaciones legales del paciente o de sus familiares.

La consecuencia legal de todo lo anterior es que, al no existir un consentimiento válido por parte del paciente, salvo casos de urgencia, el personal sanitario puede llegar a ser acreedor de responsabilidades penales, independientemente de que en la CCI se haya previsto un catálogo más o menos amplio de riesgos, por lo que se

puede llegar a configurar un delito de responsabilidad profesional unido a aquel o aquellos que se pudieran dar, tales como homicidio o lesiones.¹⁶

VI. LA ATENCIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD A LAS NECESIDADES DE LA POBLACIÓN

Otro de los puntos esenciales que se debe analizar atendiendo a lo dispuesto por el artículo 2 LGS es la obligatoriedad de que los servicios de salud atiendan las necesidades de la población, lo que implica llevar a cabo conductas efectivamente tendentes a cumplir con los estándares necesarios con base en lo establecido por la literatura médica pues, como señalan León Bórquez, Lara Vélez y Abreu Hernández “existe una tendencia a tomar decisiones inerciales o basadas en la fuerza de la costumbre, pero es preciso transitar hacia una planificación estratégica de los recursos humanos en salud en México para romper la brecha entre la formación y el empleo de los profesionales de la salud y articularlos con las necesidades de salud de la población.”¹⁷

En este punto, la pandemia por COVID-19 puso de manifiesto toda una serie de deficiencias a nivel mundial en los servicios de salud estando, primero saturados, para posteriormente evidenciar una alarmante falta de insumos y personal que, en algunos casos, como el de México, dio lugar a que se militarizaran hospitales en aras de proteger a los trabajadores e instalaciones ante el descontento popular. Sin duda, la pandemia fue -y sigue siendo- un evento excepcional de magnitudes tan grandes que haría injusto calificar a un servicio de salud como adecuado con base en un parámetro

¹⁶ Véanse el artículo 332 del Código Penal para el Distrito Federal, el artículo 182 del Código Penal del Estado de México, artículo 231 del Código Penal para el Estado de Nuevo León, o los artículos 228 y siguientes del Código Penal Federal.

¹⁷ León Bórquez, Ricardo, Lara Vélez, Víctor y Abreu Hernández, Luis, “Educación médica en México”, *Fundación Educación Médica*, núm. 21, México, 2018, p. 128.

tan extremo como éste, sin embargo, es cierto que el artículo 2 de la LGS no circunscribe la necesidad de atención a la población con base en escenarios habituales o cotidianos, por lo que desde una perspectiva puramente semántica, la obligación de capacidad de atención de los servicios de salud debe cumplirse tanto en contextos ordinarios como excepcionales.

La atención a las necesidades de la población es, por tanto, una obligación general que, desde el punto de vista estrictamente legal, está presente en todo momento. Ahora bien, independientemente de que se esté ante un escenario ordinario o especial, la atención a la población no se cumple, únicamente, con el hecho de recibir y explorar al paciente, sino con la prestación de una atención profesional y apegada a la *lex artis* médicas, lo que se traduce en la obligación de conferir un diagnóstico especializado.

1. DIAGNÓSTICO ESPECIALIZADO

El diagnóstico especializado es una consecuencia del derecho de los pacientes a recibir una atención médica adecuada, lo cual constituye el primer punto de la Carta de Derechos de los Pacientes. En este sentido, dicha Carta señala que “el paciente tiene derecho a que la atención médica se le otorgue por personal preparado de acuerdo a las necesidades de su estado de salud y a las circunstancias en que se brinda la atención”, por lo que, a partir de esta previsión, se reconoce que no cualquier médico puede valorar al usuario y, mucho menos, prescribir un tratamiento. Siempre se debe partir de que cada galeno cuenta con un área específica de conocimiento, experiencia y pericia, de tal forma que un ginecólogo no debe revisar lesiones puramente traumatológicas de igual modo que un traumatólogo no debe atender a un paciente con una afectación neurológica.

El hecho de que profesionales de la salud que no son expertos en el área específica a atender lleven a cabo tratamientos y diagnósticos de pacientes puede provocar, nuevamente, el surgimiento de responsabilidad penal desde la perspectiva del delito de responsabilidad profesional en concurso ideal con aquellos otros tipos que se puedan llegar a encuadrar. Por ello, ante la ausencia de médicos especialistas para atender a un usuario, se debe llevar a cabo la referencia del paciente, de tal modo que pueda ser enviado o dirigido a otra institución de salud para que pueda disfrutar de una atención médica que cumpla con los estándares previstos por la normativa.

La revisión del aspecto vinculado con el diagnóstico especializado resulta, además, polimórfica, pues además de analizarlo como un derecho del paciente también cuenta con gran relevancia a efectos probatorios en el proceso penal, ya que los dictámenes médicos que se puedan llegar a emitir como consecuencia, a efectos o a tenor de un procedimiento, deben estar realizados por el médico especialista en la materia para poder otorgarles un grado -aunque sea mínimo- de certeza. En este sentido, es preciso destacar la falta de idoneidad práctica de las valoraciones de médicos legistas en sede ministerial, quienes generalmente son médicos generales, ya que, si bien son conocedores en el área de la medicina, sin embargo, su experiencia en el caso específico presentado puede ser ínfima o, directamente, nula, por lo que al momento del desahogo de pruebas esos dictámenes pueden ser atacados con cierta facilidad en cuanto a su credibilidad y certeza.

Las implicaciones de hacer uso de los servicios prestados por un médico general a la hora de realizar valoraciones que, posteriormente, serán utilizadas como pruebas, son muy importantes, ya que pueden condicionar fuertemente las pretensiones de la víctima u ofendido y, por ende, las posibilidades de éxito del Ministerio Público. Resulta bastante frecuente ver que las víctimas que acuden a la agencia ministerial son valoradas por médicos legistas sin que ni éste ni el agente del Ministerio Público informen al sujeto pasivo de

que cuenta con la posibilidad de acudir ante un especialista en el área, por lo que la víctima piensa que con la exploración y valoración del médico general es suficiente.

Por otra parte, también puede suceder que el profesional que realiza la valoración cuente con la especialidad para llevarla a cabo pero que, sin embargo, sus conocimientos estén desactualizados considerando la continua evolución que existe en la práctica médica. Por ello, el diagnóstico especializado no sólo se basa en el título y especialidad del personal de salud pues, como señalan Akaki Blancas y López Bárcena, “la medicina es una ciencia en constante revolución con nuevos avances y descubrimientos cada día; es por eso que los profesionales que la ejercen deben actualizar sus conocimientos”.¹⁸

Es así que, en un sistema penal como es el mexicano, en el que las formalidades del proceso son tan importantes como la adecuada clasificación del delito, el obtener un diagnóstico especializado no solamente se traduce en un derecho del paciente respecto a garantizar su salud, sino que también incide en otros ámbitos como son, en este caso, sus pretensiones en relación a las reclamaciones, pues como indican Varela Mejía y Sotelo Monroy, el médico debe cumplir en todo momento con el deber de cuidado, el cual “se concreta en una relación específica frente a una persona, el paciente; en donde el médico con sus conocimientos científicos, su experiencia técnica, su conducta ética, su cumplimiento del marco jurídico de la profesión médica y del respeto de los DDHH; debe poder garantizar una atención médica de calidad y de excelencia”.¹⁹

¹⁸ Akkaki Blancas, José Luis y López Bárcena, Joaquín, “Formación de médicos especialistas en México”, *Educación Médica*, núm. 19, México, 2018, p. 41.

¹⁹ Fernández Varela Mejía, Héctor y Sotelo Monroy, Gabriel Eugenio, “El deber de cuidado del médico en México”, *Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM*, vol. 62, núm. 3, mayo-junio, México, 2019, p. 49.

En conclusión, el derecho humano a la salud no solamente se encuentra protegido como consecuencia de su reconocimiento por el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el que se establece que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud [...]”, sino que también es salvaguardado por la necesidad del estricto apego del profesional de la salud a la *lex artis* médica, entendida ésta como aquel conjunto de procedimientos, técnicas y reglas que rigen la profesión médica, entre las que se encuentran la valoración en tiempo, modo y lugar por parte del personal de salud, atendiendo siempre al cumplimiento de los derechos del paciente. Esto hace que el conocimiento de lo que implica un servicio de salud, así como las consecuencias del actuar alejado de lo determinado por la norma y literatura médicas, es fundamental no sólo para los pacientes, sino también para los propios profesionistas, de tal forma que es preciso considerar, en todo momento, que si bien el derecho penal se considera en la teoría como el último escalón intervencionista del Estado, sin embargo, en la práctica, suele ser el instrumento de activación inmediata ante cualquier conducta con apariencia de delito.

El efecto retributivo de la sanción penal ya fue defendido por Kant a partir de su famoso ejemplo de la isla en su obra *Introducción a la metafísica de las costumbres*, por lo que resulta innegable que la pena cuenta con una característica inherente que es, precisamente, el castigo, sin embargo, no es la única, pues desde la perspectiva de las teorías unificadoras en sus distintas variantes,²⁰ también es preciso señalar que tiene un efecto preventivo respecto a posibles delitos. No obstante, es importante señalar que sólo con el conocimiento de lo que implica el derecho penal en relación a vulneraciones al derecho a la salud se puede obtener el efecto preventivo, pues ante un desconocimiento de los delitos y penas previstos por el legislador, ni

²⁰ Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 93 y ss.

los profesionales de la salud ni los pacientes podrán tener la mínima seguridad o certeza jurídica de que una conducta puede dar lugar a responsabilidad penal y, con ello, a la imposición de una pena entendida en su totalidad.²¹

VII. BIBLIOGRAFÍA

Akkaki Blancas, José Luis y López Bárcena, Joaquín, “Formación de médicos especialistas en México”, *Educación Médica*, núm. 19, México, 2018.

Barajas Ochoa, Aldo, Andrade Romo, Jorge y Ramos Santillán, Vicente, “Retos para la educación médica en México en los tiempos del COVID-19”, *Gaceta médica de México*, México, 2020.

Cutrale, Elisabetta, “Terrorismo y derecho penal. Del derecho penal como instrumento de última ratio al derecho penal del enemigo”, *Anales de la cátedra Francisco Suárez. Protocolo I. Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho: manifestaciones y tendencias*, Universidad de Granada, España, 2021.

Díaz Aranda, Enrique, *Lecciones de Derecho Penal*, UNAM, México, 2014.

Fernández Varela Mejía, Héctor y Sotelo Monroy, Gabriel Eugenio, “El deber de cuidado del médico en México”, *Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM*, vol. 62, núm. 3, mayo-junio, México, 2019.

Gamboa Montejano, Claudia y Valdés Robledo, Sandra, *Responsabilidad de los profesionales de la salud. Derecho comparado a nivel internacional y local. Iniciativas presentadas y notas periodísticas (segunda parte)*, Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, México, noviembre, 2015.

²¹ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, España, 2010, p. 49

- Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, *Manual de introducción al derecho penal*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 2019.
- León Bórquez, Ricardo, Lara Vélez, Víctor y Abreu Hernández, Luis, “Educación médica en México”, *Fundación Educación Médica*, núm. 21, México, 2018.
- Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, Editorial B de F, Argentina, 2003.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, España, 2010.
- Quintero Olivares, Gonzalo, *Parte general del derecho penal*, Aranzadi, España, 2015.
- Ramírez Sánchez, Teresita de Jesús, Nájera Aguilar, Patricia, Nigenda López, Gustavo, “Percepción de la calidad de la atención de los servicios de salud en México: perspectiva de los usuarios”, *Salud Pública México*, vol. 40, núm. 1, enero-febrero, 1998.
- Reyes Morales, Hortensia, Flores Hernández, Sergio, *et al.*, “Percepción de los usuarios sobre la calidad de la atención ambulatoria en servicios de salud en México”, *Salud Pública México*, vol. 55, suplemento 2, 2013.
- Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997.

1. ESTADÍSTICAS

- Comisión Nacional de Arbitraje Médico, *Información estadística 2021*, Gobierno de México, 2021.
- Comisión Nacional de Arbitraje Médico, *Información estadística 2020*, Gobierno de México, 2020.

Comisión Nacional de Arbitraje Médico, *Información estadística 2019*, Gobierno de México, 2019.

2. LEGISLACIÓN

Código Penal Federal.

Código Penal para el Distrito Federal.

Código Penal para el Estado de Nuevo León.

Código Penal del Estado de Chiapas.

Código Penal del Estado de México.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Ley General de Salud.

NOM-004-SSA3-2012, del Expediente Clínico.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica.

**VIOLENCIA POLÍTICA CONTRA LAS
MUJERES EN RAZÓN DE GÉNERO.
UN ANÁLISIS DESDE LA TÉCNICA LEGISLATIVA.**

Claudia Guadalupe Zuloaga Thomassiny

I. INTRODUCCIÓN

La violencia política contra las mujeres en razón de género, no es un fenómeno nuevo, ha existido a lo largo de la historia, presentándose en la sociedad mexicana desde tiempos antiquísimos. No obstante, su reconocimiento no había sido visibilizado debido a que la sociedad normalizó los “roles de género”, en los que, se impedía que las mujeres participaran en cargos políticos por considerarlas menos capaces que los hombres.

En las últimas décadas, el fenómeno violento que sufren las mujeres en el ámbito político, se fue evidenciando tanto en las acciones como en las omisiones de diferentes sujetos (públicos y privados) tendientes a disminuir sus derechos conferidos como ciudadanas. Por lo anterior, en el año 2020 se legisló y tipificó el delito de violencia política contra las mujeres en razón de género, tanto en la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, como en la Ley General de Delitos Electorales.

A este respecto, el presente texto pretende realizar un análisis de la técnica legislativa utilizada en la redacción de la reforma, para lo cual el texto se dividirá en cuatro partes: a) violencia política contra la mujer, b) antecedentes de la violencia política en contra de la mujer, c) necesidad de legislar la violencia política contra las mujeres y d) análisis legislativo de violencia política en contra de las mujeres en razón de género.

A) VIOLENCIA POLÍTICA CONTRA LA MUJER

El término “violencia” proviene del latín *vis* que significa fuerza y *latus* que significa llevar o transportar; por lo que etimológicamente se refiere a llevar por la fuerza algo o a alguien. A lo largo de la historia, la violencia, ha sido concebida por diversos doctrinarios como un concepto íntimamente relacionado con el ejercicio de poder de un sujeto superior hacia otro inferior, o a otro que se encuentra en una situación de opresión. Se pueden encontrar diversas definiciones de violencia tanto en ordenamientos jurídicos como no jurídicos, sin embargo, una de las definiciones más completas es la que propone el doctrinario Rafael Elizondo Gasperín, quien la define como:

Toda fuerza infringida con intención de violar los derechos humanos de los individuos, a través de actos u omisiones llevados a cabo mediante la opresión, imposición, directrices y/o dominación para conseguir fines determinados y que se ve identificada por la existencia de una relación desigual de poder¹.

La violencia se puede manifestar en diferentes ámbitos, no sólo es exclusiva del ámbito físico. La Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia establece cinco tipos de violencia: psicológica, física, patrimonial, económica y sexual²; sin embargo, también abre la posibilidad de considerar como violencia a cualquier otra que tenga por intención lesionar o dañar a la mujer.

De la misma forma que existen diversos tipos de violencia, también existen diferentes modalidades de la misma; por ejemplo: se encuentra la violencia familiar, laboral, docente, sexual, institucional, en la comunidad, etc. La que nos atañe en la presente investi-

¹ Elizondo, Rafael, *Violencia Política contra la mujer. Una realidad en México*, México, Editorial Porrúa, 2018, p. 88

² Véase: Artículo 6 de la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

gación es una de las que poco se ha hablado, pero que ha tomado relevancia en los últimos años, principalmente por los movimientos feministas que continúan luchando por los derechos políticos electorales de las mujeres, la violencia política.

De manera general, la violencia política es una consecuencia de aspectos sociales y culturales de cada país, por lo que afecta tanto a hombres como a mujeres. Ocurre por acciones u omisiones mediante las cuales un sujeto o varios sujetos dañan o vulneran un derecho político electoral, abusando de una situación de poder. Generalmente se manifiestan mediante amenazas, agresiones, secuestros, homicidios, represiones, entre otras, no obstante, cuando el conflicto es más grave puede ocasionar guerras civiles, conflictos internos e incluso golpes de Estado.

De acuerdo con el Diccionario Electoral, se puede concebir la violencia política como: “un acto de fuerza, intimidación o amenaza, cuya finalidad es dominar a una persona o grupo, sus actos o sus propiedades en contra de su voluntad y en beneficio principal de quien la comete”³. Luego entonces, su finalidad es destruir a los adversarios o ponerlos en una situación de imposibilidad para ejercer sus derechos políticos-electorales.

En el caso específico de la sociedad mexicana, la violencia política ha estado presente desde antes de su constitución como nación independiente, siendo uno de los casos más renombrados el asesinato del candidato a la Presidencia de la República por el PRI en 1994, Luis Donald Colosio. El caso más reciente de violencia política, fue el feminicidio de la candidata a la Presidencia Municipal de Guanajuato, Alma Rosa Barragán, quien se presume que antes de su asesinato había recibido amenazas⁴.

³ Instituto Nacional de Estudios Políticos, *Diccionario Electoral*, en línea, URL: <http://diccionario.inep.org/V/VIOLENCIA-POLITICA.html>

⁴ Véase: Álvarez, Xóchitl, *Asesinan a candidata de Movimiento Ciudadano a la Alcaldía de Moroleón Guanajuato*, México, El Universal, en línea URL: <https://www.eluniversal.com.mx/elecciones/asesinan-candidata-de-movimiento-ciudadano-la-alcaldia-de-moroleon-guanajuato>

Lamentablemente, un sector que ha sido históricamente víctima de la violencia política que vive el país, son las mujeres. Desde épocas antiquísimas las mujeres han sufrido de discriminación, rechazo y opresión por parte del Estado y la sociedad para gozar y ejercer sus derechos políticos electorales. La razón principal es que, en un inicio, no eran consideradas ciudadanas⁵, pero posteriormente fueron diversos estereotipos basados en su género⁶ que impedían que ejercieran dichos derechos.

Ahora bien, a diferencia de la violencia política en general, la violencia política contra la mujer “se funda básicamente en la desigualdad jerárquica que existe entre hombres y mujeres, desigualdad construida culturalmente, legitimada y reproducida por las propias estructuras sociales”⁷. Afecta los derechos humanos de las mujeres, establecidos en diferentes tratados internacionales, como: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, La Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, La Declaración de Viena y la Plataforma de Acción de Beijing.

Antes de la reforma por la cual se tipifica la violencia política contra la mujer por razón de género, dicho concepto sólo estaba contemplado en el Protocolo para Atender la Violencia Política Contra las Mujeres, el cual establecía que:

⁵ Fue hasta el 17 de octubre de 1953, con la reforma al artículo 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se otorgó la calidad de ciudadanas a las mujeres mexicanas, por lo que es a partir que obtuvieron su derecho a votar y ser votadas.

⁶ Estereotipo de género: Creencias compartidas socialmente y atribuidas a las personas por el hecho de ser mujeres u hombres. Influyen en la interpretación del mundo, las instituciones y las relaciones sociales. Se aprenden en edades tempranas y se refuerzan a lo largo de la vida, son categorías que influyen en la construcción, interpretación y procesamiento de la información. Véase: Cobo, Rosa y Ranea Beatriz, *Breve Diccionario de Feminismo*, España, Catarata, 2020, p.45.

⁷ Elizondo, Rafael, *Op. Cit.*, p.93.

“la violencia política contra las mujeres comprende todas aquellas acciones y omisiones -incluida la tolerancia- que, basadas en elementos de género y dadas en el marco del ejercicio de derechos políticos-electorales, tengan por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce y/o ejercicio de los derechos políticos o de las prerrogativas inherentes a un cargo público”⁸.

Es importante destacar que para crear una definición de violencia política contra la mujer en razón de género es necesario considerar cinco aspectos relevantes para su configuración:

1. Es un acto u omisión basados en elementos de género, es decir:
 - a) Se dirija a una mujer por el hecho de ser mujer
 - b) Tenga un impacto de desventaja a hacia las mujeres
 - c) Tenga una afectación desproporcionada
2. Tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce y/o ejercicio de los derechos políticos electorales de las mujeres
3. Se presente en el marco del ejercicio de derechos políticos-electorales, o bien en el ejercicio de un cargo público.
4. Se manifieste de forma simbólica, verbal, patrimonial, física, sexual y/o psicológica.
5. Sea perpetrado por cualquier persona o grupo de personas, incluyendo hombres, mujeres, partidos políticos, funcionarios públicos, candidatos, precandidatos, autoridades, periodistas, etc.

Son diferentes las manifestaciones de la violencia política contra las mujeres, como las que se encuentran en el siguiente cuadro.

Cuadro 1. Manifestaciones de la Violencia Política en razón de Género		
Causen la muerte de la mujer por participar en la política (feminicidio)	Restrinja o anule el derecho al voto libre y secreto de una mujer	Agredan físicamente a una o varias mujeres con objeto o resultado de menoscabar o anular sus derechos políticos.
Amenace o intimide a una mujer, directa o indirectamente, con el objeto de inducirla u obligarla a presentar su renuncia a una precandidatura o candidatura de elección popular	Difamen, calumnien, injurien o realicen cualquier expresión que denigre a las mujeres en el ejercicio de sus funciones políticas, con base en estereotipos de género, con el objetivo o el resultado de menoscabar su imagen pública y/o limitar sus derechos políticos.	Amenacen, asusten o intimiden en cualquier forma a una o varias mujeres y/o a sus familias, y que tengan por objeto o por resultado menoscabar sus derechos políticos
Amenace o intimide a una mujer, directa o indirectamente, con el objeto de inducirla u obligarla a presentar su renuncia al cargo para el que haya sido electa o designada	Discriminen a la mujer en el ejercicio de sus derechos políticos, por encontrarse en estado de embarazo, parto, puerperio, licencia por maternidad o de cualquier otra licencia justificada, de acuerdo a la normativa aplicable	Limite o niegue que una mujer reciba la remuneración por el desempeño de sus funciones, empleo, cargo o comisión

<p>Realice o distribuya propaganda político electoral que degrade o denigre a una mujer, basándose en estereotipos de género, con el objetivo de menoscabar su imagen pública o limitar sus derechos políticos y electorales</p>	<p>Impongan por estereotipos de género la realización de actividades y tareas ajenas a las funciones y atribuciones de su cargo o posición, que tengan como resultado la limitación del ejercicio de la función política</p>	<p>Divulguen imágenes, mensajes o revelen información de las mujeres en ejercicio de sus derechos políticos, por cualquier medio físico o virtual, en la propaganda político-electoral o en cualquier otra que, basadas en estereotipos de género transmitan y/o reproduzcan relaciones de dominación, desigualdad y discriminación contra las mujeres, con el objetivo de menoscabar su imagen pública y/o limitar sus derechos políticos.</p>
<p>Proporcionen a los institutos electorales datos falsos o información incompleta de la identidad o sexo de la persona candidata y designada, con objeto de impedir el ejercicio de los derechos políticos de las mujeres</p>	<p>Obstaculicen o impidan el acceso a la justicia de las mujeres para proteger sus derechos políticos.</p>	<p>Eviten, por cualquier medio, que las mujeres en ejercicio de sus derechos políticos asistan a cualquier actividad que implique la toma de decisiones, en igualdad de condiciones.</p>

Fuente: Elaboración propia con fuente en la Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Violencia Política contra las Mujeres en Razón de Género*, México, CNDH, 2015, pp. 6-7. Y Ley General de Delitos Electorales.

B) ANTECEDENTES DE LA VIOLENCIA POLÍTICA CONTRA DE LA MUJER

A pesar de que en México era evidente la violencia política hacia las mujeres, no se había logrado tipificar dicha violencia como un delito electoral hasta la reciente reforma de 2020. En este sentido, para entender la necesidad de tipificar el delito de violencia política contra las mujeres en razón de género, es fundamental explicar el contexto político electoral que han vivido las mujeres en las últimas décadas.

Los antecedentes del reconocimiento de la calidad de ciudadanas y el derecho a votar de las mujeres en México, surgieron incluso antes de su configuración como nación independiente; sin embargo el tema cobró importancia en el debate político hasta las discusiones constituyentes suscitadas entre 1916 y 1917. La clase política del siglo XIX consideraba tradicionalmente el sufragio universal, como una prerrogativa inherente a los hombres, aunque en el artículo 34 de la CPEUM, no se especificaba que las mujeres no gozaban de la ciudadanía.

Art. 34. Son ciudadanos de la República todos los que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además los siguientes requisitos:

- I. haber cumplido dieciocho años, siendo casados, o veintiuno si no lo son, y
- II. Tener un modo honesto de vivir.

No obstante lo anterior, a través de la Ley para la Elección de Poderes Federales de 1918, se imposibilitó a las mujeres a ocupar cargos políticos, al estipular que dicha potestad se limitaba para “todos los varones mexicanos”. La Ley puso fin a las aspiraciones feministas de ocupar cargos de elección popular, pero no impidió que en ciertos estados como Yucatán, San Luis Potosí y Chiapas⁹ se reconociera el derecho de las mujeres a participar en elecciones municipales y estatales.

⁹ Cfr., Elizondo, Rafael, *Op. Cit.*, p.18.

En la década de los años treinta se creó el Frente Único Pro Derechos de la Mujer (FUPDM), cuyo objetivo fue reconocer los derechos políticos, fundamentalmente el derecho a votar y ser votadas. Fue hasta el 17 de octubre de 1953, que el Presidente de la República, Adolfo Ruiz Cortines reconoció el sufragio de las mujeres, mediante la reforma al artículo 34 constitucional, el cual ya les otorgaba expresamente la calidad de ciudadanas.

Art. 34. Son ciudadanos de la República los varones y las mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además los siguientes requisitos:

- I. Haber cumplido los dieciocho años, o veintiuno si no lo son, y
- II. Tener un modo honesto de vivir.

“Con este reconocimiento de la ciudadanía de las mujeres, se estableció el piso para impulsar la igualdad formal de derechos y obligaciones entre mujeres y hombres.”¹⁰ Luego entonces, a partir de la década de los cincuenta se comenzaron a abrir espacios para mujeres en elecciones populares, tanto estatales como federales; además se inició un proceso interno para lograr la equidad y la paridad en materia electoral.

Pese al reconocimiento de la ciudadanía de las mujeres en los años cincuenta y la designación de varias candidaturas a mujeres, su participación en el ámbito político electoral seguía limitada. Era un grupo seleccionado de mujeres las que accedieron a cargos municipales, estatales y federales, ya que estos puestos eran, en su mayoría, ocupados por hombres. Esta situación propició que, para lograr la igualdad formal y sustantiva, las autoridades implementaran acciones afirmativas¹¹ que fomentaran el ejercicio de los derechos políticos electorales de las mujeres.

¹⁰ Vargas, Gabriela y Palazuelos, Silvia, *Violencia política contra las mujeres: el precio de la paridad en México*, México, MXP Abogados, Consultores S.C, 2019, versión digital.

¹¹ Las acciones afirmativas son el conjunto de medidas de carácter temporal co-

De esta forma, en el año de 1993 se aprobó una reforma en la que se exhortaba a los partidos políticos a promover mayor incidencia de las mujeres en la política. Posteriormente, en 1995, tras Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing, el Estado mexicano promovió la participación política de las mujeres mediante la creación de políticas públicas en el ámbito político-electoral.

En 1996 se aprobó la reforma al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE), en la que nuevamente se exhortaba a los partidos políticos para que se consideraran en sus estatutos mayor participación de las mujeres. Se implementaron políticas públicas y artículos transitorios, en las que los partidos se comprometían a no exceder de 70% de personas de un mismo sexo en sus candidaturas.

Fue hasta el año 2002 que se publicó en el DOF la reforma por la que por primera vez se integraron la llamadas cuotas de género, para que los partidos políticos respetaran la proporción de “70/30”, instituida en años anteriores. La cuota de género fue presentada como un requerimiento obligatorio y no como una propuesta cargada de buenas intenciones; por ello al materializar su aplicación, los partidos políticos han realizado acciones contrarias de dichas disposiciones.

Con la reforma electoral de 2007-2008 se integraron nuevos mecanismos encaminados a fomentar la participación política de las mujeres, uno de ellos fue que se aumentó el porcentaje de la cuotas de género y la obligación de los partidos de asignar parte de su financiamiento público al desarrollo y liderazgo de las mujeres, a efecto de fomentar la igualdad de oportunidades, en términos de equidad y paridad.

rectivo, compensatorio y/o de promoción, encaminadas a acelerar la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres. Véase: Artículo 5 , Fracción I, de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, en línea, URL: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_150618.pdf

“Cada reforma en materia electoral ha tenido intentos de evasión o simulación por parte de los actores políticos. Las cuotas de género, como medida afirmativa, fueron sometidas a diversos artilugios políticos; en México uno de los más conocido fue el de las “Juanitas”.¹² La denominación proviene de un acontecimiento presentado en un proceso electoral local, en donde el candidato de PT Rafael Acosta, alias “Juanito”, se comprometió públicamente a ceder su cargo a una mujer del PRD, Clara Brugada, en caso de ganar la elección.

El fenómeno de las juanitas se trasladó a otros procesos electorales, en particular a la Cámara de Diputados, donde el fraude y la simulación de la ley se vieron evidenciados cuando los partidos políticos postulaban a mujeres para cumplir con la cuota, pero colocaban a hombres como suplentes para que las sucedieran en el momento oportuno. Para solucionar el problema, el Instituto Federal Electoral emitió un acuerdo en el año 2012, mediante el cual se establecía los criterios para el registro de candidaturas atendiendo a la cuota de género. Lo anterior, no fue suficiente para disminuir la violencia que seguían viviendo las mujeres

C) NECESIDAD DE LEGISLAR LA VIOLENCIA POLÍTICA CONTRA MUJERES

Derivado del fenómeno de violencia que seguían viviendo las mujeres en cuestiones políticos-electores, se presentó la necesidad de visibilizar el problema e implementar acciones para disminuir el fenómeno. Una de las acciones se materializó a través de la reforma electoral del año 2014, en la cual se reconoce el principio de paridad en todos los cargos de elección popular. Asimismo, en los medios de comunicación masiva se dieron a conocer diversos casos de violencia política en contra de las mujeres.

¹² Vargas, Gabriela y Palazuelos, Silvia, *Op.cit.*

El problema de violencia que vivían las mujeres se fue potenciando y visibilizando, a tal grado que para el año 2016, ante la falta de una ley que contemplara la violencia política en contra de las mujeres, se emitió el Protocolo para Atender la Violencia Política contra las Mujeres, el cual resalta lo siguiente:

La violencia política impacta en el derecho humano de las mujeres a ejercer el voto y a ser electas en los procesos electorales; a su desarrollo en la escena política o pública (...)

En efecto, la violencia ha mostrado un impacto diferenciado en las mujeres e incluso tiene lugar por razones de género. Por ello, resulta necesario legislar y conceptualizar la violencia política contra las mujeres, ya que de ello depende que estén en condiciones de igualdad para desarrollarse en el ámbito político-electoral.¹³

Es claro que dentro de las recomendaciones del Protocolo, se propone legislar la violencia política como un delito electoral, empero no se había logrado dicha disposición. La situación de violencia electoral adquirió mayor relevancia cuando en el 2017 la Fiscalía Especializada para los Delitos Electorales (FEPADE) presentó un informe en el cual detectó que entre 2013 y 2016 se abrieron 416 expedientes (entre averiguaciones previas y carpetas de investigación) que podrían constituir violencia política en razón de género. De estos más de la mitad (53.1%) ocurrió en 2016¹⁴.

En el mismo informe se señalan siete conductas que componen la violencia política contra la mujer:

1. Obstaculizar o interferir en el desarrollo normal de las votaciones.
2. Impedir la instalación o clausura de una casilla (violencia como agravante).

¹³ Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, et.al., *Protocolo para atender Violencia Política Contra Mujeres*, México, Secretaría de Gobernación, 2016, p. 15 de.77

¹⁴ Véase: FEPADE, *Informe de la FEPADE sobre la atención de casos sobre violencia política contra de las mujeres. Diagnóstico y avances (2013-2016)*, México, FEPADE, 2017, en línea, URL: [http://www.fepade.gob.mx/documentos/Violencia%20pol%C3%ADtica%20de%20g%C3%A9nero%20\(2017%2009%2001\)](http://www.fepade.gob.mx/documentos/Violencia%20pol%C3%ADtica%20de%20g%C3%A9nero%20(2017%2009%2001))

3. Realizar actos que provoquen temor o intimidación en el electorado.
4. Hacer mal uso de materiales o documentos públicos electorales.
5. Hacer mal uso de equipos o insumos necesarios para la elaboración de credenciales.
6. Ejercer presión en ejercicio de las funciones de las electoras.
7. Ejercer violencia sobre los funcionarias electorales.

De la misma manera, la FEPADE dio a conocer que la Ciudad de México, Tlaxcala, Chiapas y Oaxaca son las principales entidades con mayor índice de violencia política contra las mujeres. Por lo anterior, alertó sobre diferentes casos que se cometieron en el proceso electoral federal de 2015 y los procesos locales ordinarios y extraordinarios de 2016, siendo algunos ejemplos los siguientes:

- Yolanda Pedroza Reyes Magistrada del Tribunal Electoral de San Luis Potosí: señaló que sufrió violencia política por integrantes del Tribunal Electoral, al impedir el correcto desempeño de sus funciones. En su denuncia resaltó retrasos de convocatorias, ocultamiento de información y amenazas.
- Gabriela Maldonado Rivera, mujer mixteca, fue torturada y por parte de autoridades municipales de San Martín Peras, Oaxaca. Su agresión derivó de su interés por participar en la política.
- Dora Rodríguez Consejera Electoral del Instituto Tlaxcalteca de Elecciones, sufrió actos de acoso, aislamiento y discriminación que impidieron que realizara sus actividades profesionales.

Ante esta problemática durante la LXIII Legislatura, el Senado de la República presentó varias iniciativas con el objetivo de regular la violencia política de género en los ordenamientos en materia electoral, en específico en la Ley General de Delitos Electorales. No obstante, por alguna razón no se había aprobado en ambas Cámaras, y por tanto, no se consideraba en las Leyes en materia.

La necesidad de tipificar este delito deriva de la obligación del Estado mexicano de asegurar el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de discriminación y violencia. El deber constitucional y convencional de integrar las diversas disposiciones en materia de

derechos humanos para evitar que estas conductas se repitan, es obligación de todas las autoridades mexicanas en el ámbito de sus competencias.

D) ANÁLISIS LEGISLATIVO DE VIOLENCIA POLÍTICA EN CONTRA DE LAS MUJERES EN RAZÓN DE GÉNERO

A pesar de todos los intentos por legislar la violencia política contra la mujer en razón de género, fue hasta la reforma del 13 de abril del 2020 cuando introduce el concepto en el artículo 20 Bis y 20 Ter de la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y el 20 Bis de la Ley General de Delitos Electorales, que a la letra establece que:

Artículo 20 Bis.

La violencia política contra las mujeres en razón de género: es toda acción u omisión, incluida la tolerancia, basada en elementos de género y ejercida dentro de la esfera pública o privada, que tenga por objeto o resultado limitar, anular o menoscabar el ejercicio efectivo de los derechos políticos y electorales de una o varias mujeres, el acceso al pleno ejercicio de las atribuciones inherentes a su cargo, labor o actividad, el libre desarrollo de la función pública, la toma de decisiones, la libertad de organización, así como el acceso y ejercicio a las prerrogativas, tratándose de precandidaturas, candidaturas, funciones o cargos públicos del mismo tipo.

Se entenderá que las acciones u omisiones se basan en elementos de género, cuando se dirijan a una mujer por su condición de mujer; le afecten desproporcionadamente o tengan un impacto diferenciado en ella. Puede manifestarse en cualquiera de los tipos de violencia reconocidos en esta Ley y puede ser perpetrada indistintamente por agentes estatales, por superiores jerárquicos, colegas de trabajo, personas dirigentes de partidos políticos, militantes, simpatizantes, precandidatas, precandidatos, candidatas o candidatos postulados

por los partidos políticos o representantes de los mismos; medios de comunicación y sus integrantes, por un particular o por un grupo de personas particulares.¹⁵

El texto de la reforma expuesta es claro respecto a su conceptualización, sin embargo, es fundamental realizar algunas precisiones respecto a la técnica legislativa que se llevó a cabo para su composición; recordando que el objetivo de ello es valorar la calidad, estructuración y sistematización de la reforma. En otras palabras, realizar un análisis a partir de la técnica legislativa, permitirá evaluar la eficacia y claridad de la nueva disposición en el ordenamiento jurídico¹⁶.

Como primer punto del análisis legislativo, se abordará la racionalidad de la reforma, tomando en cuenta los cinco niveles de racionalidad que propone Manuel Atienza:¹⁷ lingüística, jurídica formal, pragmática, teleológica y ética.

E) RACIONALIDAD LINGÜÍSTICA

Este tipo de racionalidad tiene como finalidad la claridad y precisión en el mensaje para que el destinatario pueda comprender su contenido, por lo que haciendo un análisis a la reforma de violencia política en razón de género, se debe precisar el concepto de género para que no exista confusión.

En el caso concreto, el género se refiere a la construcción social, cultural e histórica que ha configurado entorno a lo que es femenino y lo que es masculino. Luego entonces, la violencia política en

¹⁵ Véase artículo 20 Bis y 20 Ter de la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

¹⁶ Cfr. Minor, Rafael y Roldán, José, *Manual de Técnica Legislativa*, México, Cámara de Diputados, 2006, p. 7 de 99

¹⁷ Atienza, Manuel, “Razón práctica y legislación”, *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, México, 1 época, Vol I, núm, septiembre-diciembre de 1991, p. 29.

razón de género se refiere a cualquier acción u omisión que pretenda vulnerar o menoscabar el derecho de las mujeres a ejercer sus derechos político- electorales por el simple hecho de ser mujeres.

F) RACIONALIDAD JURÍDICA FORMAL

La racionalidad jurídica formal busca la sistematicidad, compatibilidad y armonía de la nueva norma con la norma anterior. Es fundamental mencionar de acuerdo al control de convencionalidad y constitucional, las mujeres tienen derecho a vivir una vida libre de violencia, lo cual incluye la eliminación de la violencia política.

Tipificar la violencia política no fue un acto que se realizó de la noche a la mañana, la propuesta se generó teniendo en consideración que diversos tratados Internacionales como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención de Belém do Pará consideran que dichos actos deben considerarse en las legislaciones internas. En este sentido, las nuevas disposiciones son compatibles con el resto de la legislación mexicana, porque tienen por objeto fomentar que las mujeres accedan a una vida libre de violencia.

G) RACIONALIDAD PRAGMÁTICA

Esta racionalidad se refiere a la adaptación de la conducta del destinatario a lo establecido por la nueva norma¹⁸. Por lo que, considerando la descripción de la conducta, está prohibido caer o ejercer la violencia política a las mujeres por su género.

En teoría las conductas de las personas sí se pueden adaptar al tipo establecido, sin embargo, en la práctica la violencia política se sigue ejerciendo a pesar que ya se encuentra considerada como un delito electoral. Principalmente, este delito, se presenta en tiempos

¹⁸ Santiago, Gonzalo, *Racionalidad y Argumentación Jurídica Legislativa*, México, Cámara de Diputados, p. 15.

de elecciones, por lo que las autoridades competentes deben de poner especial atención durante estos períodos.

Un ejemplo de lo anterior se puede visualizar en el proceso electoral de 2021, ya que hasta el mes de abril habían sido 68 militantes (políticos y políticas) víctimas de homicidio. Que sigan aconteciendo este tipo de delitos quiere decir que las conductas de las personas a las que va dirigida aún no se ha adoptado a las nuevas disposiciones.

H) RACIONALIDAD TELEOLÓGICA

En este tipo de racionalidad se persigue objetivos sociales que posteriormente se convierten en ley. En este caso concreto, establecer una definición de violencia política en razón de género y de contemplarla como delito electoral, es resultado que en la sociedad este tipo de conductas son comunes. Los acontecimientos sociales en los últimos años han demostrado que la violencia política contra las mujeres es un fenómeno social que se debe erradicar.

Igualmente, incorporar la violencia política en razón de género a los ordenamientos jurídicos tiene por objeto cambiar un contexto social, en el que ya no es tolerable invisibilizar el grado de violencia que se vive en el quehacer político-electoral. Ya basta de que se sigan realizando acciones que dañan y menoscaban los derechos políticos que como ciudadanas les corresponden a todas las mujeres.

I) RACIONALIDAD ÉTICA

Finalmente la racionalidad ética alude a que (...) el conjunto de normas o comportamientos que pueden ser evaluados desde un determinado sistema ético (...) ¹⁹. Por lo tanto, en este caso, se puede argumentar que en efecto la violencia política en razón de género, sí

¹⁹ Ídem., p. 17.

cuenta con una racionalidad ética en el entendido que en un sistema ético y de valores, lo correcto es impulsar los derechos humanos de las mujeres, incluyendo el acceso a una vida libre de violencia.

La ética, en esta reforma, también se puede fundamentar en que, para contar con una sociedad justa en donde no se presenten casos de violencia, es necesario eliminar prácticas que fomenten la desigualdad y discriminación por razones de género.

Una vez analizada la racionalidad de la reforma, es importante continuar con sus propiedades formales, o en otras palabras, abordar su coherencia, completitud e independencia.

- a) La coherencia de la norma es evidente y justificada, en el sentido de que existe una congruencia material entre lo propuesto (reforma) con el fenómeno social que vive en el país (violencia política en razón de género). Hay una relación intrínseca entre la reforma y los objetivos que pretende realizar en la sociedad.
- b) Completitud: en este caso en particular, la completitud de la reforma atiende a que contempla no sólo los ordenamientos en los que se implementó la reforma (Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y la Ley General de Delitos Electorales) sino también todos los secundarios que derivan de éstas.
- c) Independencia: claramente se refleja en la reforma porque presenta la solución de la problemática por sí misma, no necesita de otras disposiciones o leyes para abordar el problema. Además, al no existir una ley anterior que persiga los mismos fines, no es repetitiva²⁰.

Finalmente atendiendo a la forma de la reforma y al lenguaje ciudadano, se puede afirmar que el texto de la ahora ley es claro, sencillo y concreto. El mensaje que transmite es realmente comprensible para las personas en general y no para un grupo en lo

²⁰ Es necesario realizar la acotación que anteriormente sí existía una ley que contemplaba la violencia política, sin embargo, al ser las mujeres las principales víctimas de este delito, se determinó agregar la cuestión de género al tipo penal para visibilizar el fenómeno de violencia que menoscababa los derechos políticos electorales de las mujeres.

particular, además aborda y reconoce la situación de las mujeres ante la violencia política.

II. CONCLUSIONES

La violencia política en razón de género no es un fenómeno nuevo en México, sus orígenes se remontan desde tiempos antiquísimos, en los que por costumbre y estereotipos culturales, no se les permitía a las mujeres gozar de sus derechos político-electorales. A lo largo de la historia, las mujeres se han visto invisibilizadas y violentadas por querer ejercer sus derechos que como ciudadanas le corresponden.

Desde el siglo pasado, la violencia política se ha visibilizado más que antes, debido a los cambios político-electorales y a la lucha constante de mujeres que exigen una igualdad sustantiva frente a los hombres. Igualmente, las mujeres eran discriminadas, secuestradas, violentadas e incluso asesinadas por querer ejercer sus derechos electorales; por ello desde finales del siglo pasado se comenzó a abordar la necesidad de legislar y tipificar la violencia política contra las mujeres por razón de su género.

A pesar de varios intentos de contemplar la violencia política contra las mujeres en los ordenamientos jurídicos, fue hasta el año 2020 cuando dicha iniciativa se convirtió en una realidad, integrándose a la Ley General de Acceso a las Mujeres a una vida Libre de Violencia, a la Ley General de Delitos Electorales, y a otras disposiciones secundarias.

Realizando un análisis de la técnica legislativa, se puede afirmar que la reforma cuenta con un lenguaje ciudadano claro, sencillo y comprensible para las personas a las que está destinada. De la misma forma, contempla una coherencia respecto al contexto social que se vive, lo cual es relevante porque una de las intenciones de la reforma es eliminar la violencia política que viven las mujeres por el simple hecho de ser mujer.

No obstante lo anterior, analizando la racionalidad de la reforma es necesario establecer que en términos pragmáticos, es difícil, que

la conducta de las personas se adecue a la nueva disposición; ello debido a que desafortunadamente en México, la violencia política contra las mujeres es una práctica que se ha normalizado y se ha permitido a lo largo de la historia.

A un año de la publicación de la reforma y su tipificación del delito de violencia política en razón de género, esta conducta sigue presentándose en la sociedad. Legislar la propuesta y tipificar el delito, no ha sido la solución para eliminar el problema de raíz, ya que en lo que va del año 2021, han sido 68 candidatos y candidatas víctimas de homicidio y feminicidio por la violencia política que han sufrido.

En este sentido, a pesar que incorporar el delito de violencia política en contra de las mujeres en disposiciones jurídicas ha sido un gran paso para reconocer el problema social que se vive y para que las mujeres ejerzan sus derechos políticos-electorales, esto no es suficiente. Es necesario, que además de la reforma se implementen políticas públicas mediante las cuales se consideren las dificultades que existen para eliminar la violencia política, principalmente en tiempos electorales.

III. REFERENCIAS

1. BIBLIOGRAFÍA

Cobo, Rosa y Ranea Beatriz, *Breve Diccionario de Feminismo*, España, Catarata, 2020, pp.291.

Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Violencia Política contra las Mujeres en Razón de Género*, México, CNDH, 2015, pp. 6-7

Elizondo, Rafael, *Violencia Política contra la mujer. Una realidad en México*, México, Editorial Porrúa, 2018, pp.191.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, México, SCJN, 2020, pp.282.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Protocolo para Atender la Violencia Política contra las Mujeres*, México, TEPJF, 2016, pp. 77.

Vargas, Gabriela y Palazuelos, Silvia, *Violencia política contra las mujeres: el precio de la paridad en México*, México, MXP Abogados, Consultores S.C, 2019, versión digital

2. FUENTES ELECTRÓNICAS

Instituto Nacional de Estudios Políticos, *Diccionario Electoral*, en línea, URL: <http://diccionario.inep.org/V/VIOLENCIA-POLITICA.html>

FEPADE, *Informe de la FEPADE sobre la atención de casos sobre violencia política contra de las mujeres. Diagnóstico y avances (2013-2016)*, México, FEPADE, 2017, en línea, URL: [http://www.fepade.gob.mx/documentos/Violencia%20pol%C3%ADtica%20de%20g%C3%A9nero%20\(2017%2009%2001\)](http://www.fepade.gob.mx/documentos/Violencia%20pol%C3%ADtica%20de%20g%C3%A9nero%20(2017%2009%2001))

3. ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia
Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombre

En la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, comprometidos con la formación de profesionales de excelencia que incidan en la transformación de la sociedad, nos congratulamos de poder acercar a la comunidad universitaria, así como a la sociedad en general, productos de investigación crítica como los que se presentan en esta obra. En ellos se abordan temáticas vinculadas a las demandas sociales que se han convertido en una fuente de interés y de preocupación para la academia y que, además, son el resultado del esfuerzo constante y persistente de posturas científicas que han permitido la apertura y el continuo desarrollo de líneas de investigación para la innovación del conocimiento susceptible de aplicación.

Hoy en día, cualquier actividad humana a nivel individual o social, así como las actividades de la sociedad civil organizada o incluso de las instituciones del Estado están necesariamente vinculadas con los dos grandes ejes de la obra que tiene el lector en sus manos: los derechos humanos y la globalización.

En ese orden de ideas, no es de sorprendernos que las investigaciones académicas aquí presentadas sean visiones contemporáneas de cambios coyunturales y de propuestas de cambio a la estructura de las sociedades y que se interrogan sobre la vigencia del Contrato Social.

A pesar de lo anterior, la eficacia de los derechos humanos no es una actividad sencilla si consideramos la complejidad de las causas de los problemas nacionales en medio de factores globales, pues ello implicaría reflexionar, en forma novedosa, el papel de las grandes instituciones para la consecución de tales valores.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS