

SENTENCIAS
de la
Suprema Corte de Justicia
de la Nación
desde el análisis de los
Derechos Humanos
Recopilación de ensayos



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN



NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

México

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

PO

E500.113

S467s

Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde el análisis de los Derechos Humanos : recopilación de ensayos / [la compilación de esta obra estuvo a cargo de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ; coordinadores Teresita del Niño Jesús Lúcia Segovia y Raúl Mejía Garza ; presentación Ministro Juan N. Silva Meza ; prólogo Javier Hernández Valencia]. -- México : Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis : Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011.
xvii, 818 p. ; 24 cm.

ISBN 978-607-468-307-3

1. Derechos humanos – Ensayos – México 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Sentencias 3. Derecho internacional – Incorporación 4. Corte Interamericana de Derechos Humanos – Jurisprudencia – Interpretación 5. Derecho al mínimo vital 6. Libertad personal 7. Derecho a la Seguridad 8. Derecho de defensa 9. Derecho a un recurso 10. Derecho a la propiedad 11. Derecho a la intimidad personal 12. Derecho a la protección de la honra 13. Dignidad 14. Libertad de pensamiento 15. Libertad de expresión 16. Libertad de religión 17. Libertad sindical 18. Derechos de los niños 19. Derecho al trabajo 20. Derechos políticos 21. Derecho a la salud 22. Derecho a un medio ambiente sano 23. Derechos de las mujeres 24. Derecho a la identidad del menor 25. Alimentos 26. Justicia penal 27. Derechos de los pueblos 28. Derechos de las víctimas 29. Jurisdicción militar 30. Instrumentos internacionales I. México. Naciones Unidas. Oficina en México del Alto Comisionado para los Derechos Humanos II. Lúcia Segovia, Teresita del Niño Jesús, coord. III Mejía Garza, Raúl Manuel, coord. IV. Silva Meza, Juan Nepomuceno, 1944- , prolog. V. Hernández Valencia, Javier, prolog. VI.t.

Primera edición: agosto de 2011

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

D.R. © Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos
Alejandro Dumas núm. 165
Colonia Polanco, Delegación Miguel Hidalgo
C.P. 11560, México, D.F.
www.hchr.org.mx

Impreso en México
Printed in Mexico

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

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

La compilación de esta obra estuvo a cargo de la Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Coordinadores: Teresita del Niño Jesús Lúcia Segovia y Raúl Mejía Garza.

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

SENTENCIAS
de la
Suprema Corte de Justicia
de la Nación
desde el análisis de los
Derechos Humanos
Recopilación de ensayos



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN



NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

México

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Juan N. Silva Meza
Presidente

Primera Sala

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea
Presidente

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas

Segunda Sala

Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Sergio A. Valls Hernández

Comité Editorial

Lic. Arturo Pueblita Pelisio
Secretario de la Presidencia

Mtra. Cielito Bolívar Galindo
*Coordinadora de Compilación
y Sistematización de Tesis*

Lic. Diana Castañeda Ponce
*Titular del Centro de Documentación y Análisis,
Archivos y Compilación de Leyes*

Lic. Jorge Camargo Zurita
Director General de Comunicación y Vinculación Social

Dr. Francisco Tortolero Cervantes
Director General de Casas de la Cultura Jurídica

Contenido

Presentación	IX
Prólogo	XI
Justificación	XV
Incorporación del derecho internacional en el derecho interno	
<i>José Luis Caballero Ochoa</i>	1
Interpretación de los estándares internacionales en materia de derechos humanos; análisis de la sentencia recaída a la Controversia Constitucional 33/2002	
<i>Teresita del Niño Jesús Lúcia Segovia</i>	23
Interpretación de la normativa internacional	
<i>María Regina Trujano Flores y Marcelo Bartolini Esparza</i>	51
Derecho al mínimo existencial o vital, particularmente en relación con la proporcionalidad de los tributos	
<i>Juan Carlos Roa Jacobo</i>	77

Libertad personal: condiciones generales de validez derivadas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <i>Fernando Silva García</i>	107
Derecho a la seguridad personal: prestación de servicios de seguridad por particulares <i>Javier Cruz Angulo Nobara</i>	151
Derecho a la seguridad personal: inviolabilidad del domicilio <i>Luisa Reyes Retana Esponda</i>	171
El derecho a una defensa adecuada y la Suprema Corte de Justicia de la Nación: contenidos por desarrollar <i>Santiago Aguirre</i>	195
Inconstitucionalidad del delito de encubrimiento por receptación (Contradicción de tesis 123/2006-PS) <i>Carmina Cortés Rodríguez</i>	223
El derecho a un recurso efectivo <i>María Amparo Hernández Chong Cuy</i>	243
Derecho a la propiedad: expropiación <i>Concepción María del Rocío Balderas Fernández</i>	273
El derecho a la intimidad, a la honra y a la dignidad: pruebas genéticas, órdenes de cateo y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas <i>Javier Ortiz</i>	299
Derecho a la intimidad, honra y dignidad: coalición con la libertad de expresión <i>Laura García Velasco</i>	323

Libertad de pensamiento y expresión: dimensiones y límites. Censura previa e incriminación de ideas <i>Francisca Pou Giménez</i>	351
Libertad de pensamiento y expresión: monopolios de medios de comunicación (Análisis de la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006) <i>Andrea Zambrana Castañeda</i>	385
Estándares internacionales en materia de libertad religiosa y resoluciones del Poder Judicial de la Federación (México) <i>Javier Saldaña Serrano</i>	405
Derecho a la libertad sindical desde la perspectiva de los convenios internacionales en materia de derechos humanos laborales <i>Arturo Alcalde Justiniani y Claudia Patricia Juan Pineda</i>	437
La prueba pericial en materia de ADN y el derecho de los niños a conocer su origen biológico, conforme a la legislación del Distrito Federal y su impacto en las estructuras familiares <i>Georgina Laso de la Vega Romero</i>	467
Derecho al trabajo <i>Jorge Roberto Ordoñez Escobar</i>	487
Suspensión de los derechos político-electorales a la luz del derecho internacional de los derechos humanos <i>Mauricio Iván Del Toro Huerta</i>	505
La intervención de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública en México <i>Miguel Sarre</i>	541
Derecho a la salud: obligaciones del Estado, atención médica básica y trasplantes <i>Irene Córdova Jiménez</i>	575

Estándares internacionales y derecho a un medio ambiente adecuado: comentarios a la Contradicción de tesis 193/2005-SS sobre la constitu- cionalidad de las inspecciones ecológicas	
<i>Miguel Rábago Dorbecker</i>	601
Derechos de las mujeres: igualdad de género	
<i>Regina Tamés Noriega</i>	621
Derechos de las mujeres: participación política	
<i>Mariana Mureddu Gilabert</i>	647
Derechos de los niños: derecho a la identidad y a recibir alimentos	
<i>Lorena Goslinga Remírez</i>	677
Justicia penal para niñas, niños y adolescentes	
<i>Namiko Matsumoto Benítez</i>	713
Derechos de los pueblos indígenas, acceso a la justicia y discriminación	
<i>Hugo Aguilar Ortiz y José Juan Julián Santiago</i>	745
Derecho de las víctimas: recurso efectivo y reparación	
<i>Tania Herrera Moro Ramírez</i>	779
Jurisdicción militar: leyes y tribunales especiales	
<i>Raúl Manuel Mejía Garza</i>	801

Presentación

La Suprema Corte de Justicia de la Nación coedita, con la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), la presente compilación de artículos que analizan, desde un enfoque plural, algunas de las sentencias más relevantes de este Alto Tribunal en materia de derechos humanos, a la luz de sus estándares internacionales.

El derecho, como pauta reguladora de la convivencia humana, ha experimentado una evolución importante al recoger a los derechos humanos como parte esencial de este corpus universal. Por tanto, la Suprema Corte de Justicia, como máximo órgano de control constitucional, ha procurado incorporar en sus sentencias una visión integral de los derechos fundamentales a efecto de garantizar la protección de individuos y comunidades, buscando la prevalencia de la justicia en su aspecto más amplio.

En la presente obra se reúne una amplia participación de voces que permiten apreciar, desde diferentes ámbitos, los puntos de vista de los impartidores de justicia representados por los secretarios de estudio y cuenta de la Corte; los organismos

internacionales –particularmente la OACNUDH– y la sociedad en general, a través de académicos, abogados litigantes y expertos en la materia.

Es pertinente este ejercicio analítico, ya que las resoluciones dictadas por el Máximo Tribunal cobran cada vez mayor relevancia para la vida interna de nuestro país. Su labor de intérprete de la Constitución, a la luz del respeto de los derechos humanos, constituye una obligación moral y un compromiso ante la comunidad nacional e internacional, responsabilidad que además redignifica a las víctimas que recurren a los tribunales federales para ser escuchados y defendidos contra la violación de sus derechos, pues los criterios que fije este órgano son vinculantes para todos los tribunales federales y locales de la República.

Esta publicación pretende contribuir a la difusión de las sentencias de la Corte y a la comprensión de la esencia de sus resoluciones. Particularmente, busca convertirse, en principio, en un espacio que fomente la crítica jurídica constructiva respecto de la función jurisdiccional nacional y, además, en una aportación para que la sociedad cuente con nuevos instrumentos que le permitan recurrir a una defensa jurídica desde la perspectiva de los derechos humanos.

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

Prólogo

En junio de 2011 fueron promulgadas dos profundas y significativas reformas constitucionales en materia de derechos humanos que tendrán importantes alcances en los planos normativo y jurisprudencial, pero igualmente en los ámbitos programático y de implementación de las políticas públicas, así como en los campos educativo y cultural.

En el fondo se trata de un verdadero cambio de paradigma en México. No corresponde a este prólogo abundar sobre ello pero sí anotar que las tareas que de ello se desprenderán involucran abrir nuevos cursos de reflexión, diseño y acción institucional. Los primeros convocados sin lugar a dudas son los poderes públicos, pero la reforma constitucional adquirirá su pleno significado y potencial por vía de la promoción amplia de la participación ciudadana.

En ese marco, el camino recorrido hasta ahora por la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el campo doctrinario y jurisprudencial de protección y promoción de los derechos humanos deberá ser un punto de referencia obligado y clave en el magnífico reto de innovación que nos aprestamos a experimentar. Por fortuna, la SCJN puede jactarse de haber puesto ya hitos importantes

de ese camino, fruto de los cada vez más frecuentes asuntos llegados a su conocimiento en los que se pudo abrir paso el análisis, discusión y resolución de temas fundamentales desde una perspectiva de derechos humanos de la mano de las herramientas disponibles en el derecho internacional.

El presente volumen pone a disposición de las y los lectores un conjunto de ensayos que proponen un recorrido analítico de diferentes temas que aluden a aspectos relevantes del contexto mexicano, poniendo de relieve las problemáticas en derechos humanos que subyacen a diferentes tópicos y que han sido abordadas por la SCJN.

Partiendo de sentencias específicas, los autores proporcionan un examen detallado de la interpretación y aplicación del derecho internacional en el derecho interno y se ocupan de mostrar el contenido, alcance y límites de algunos derechos humanos: el mínimo vital; la salud; un ambiente sano; la libertad personal; la seguridad personal; el acceso a la justicia; el debido proceso; la propiedad; la intimidad, honra y dignidad; la libertad de pensamiento y expresión; la libertad religiosa; el trabajo y la libertad sindical; los derechos político-electorales; los derechos de las mujeres a un trato igual y a la participación política; los derechos de los niños y niñas a la identidad, a recibir alimentos y al acceso a la justicia; los derechos de los pueblos indígenas, y los derechos de las víctimas de violaciones a derechos humanos. El texto también aborda temas de coyuntura tales como la relación entre seguridad pública y derechos humanos y la jurisdicción militar. La pluralidad de temas enunciados se corresponde con la enorme complejidad que implica el análisis de los derechos humanos en México.

Hemos querido reunir profesionales ampliamente reconocidos en distintas esferas—la academia, el foro y el activismo social en la defensa de los derechos humanos—y alentarlos a que desarrollen una perspectiva crítica, independiente, constructiva y dialogante. La pluralidad de voces aquí congregadas pretende ser igualmente una contribución particular de la obra.

Adicionalmente, el texto nos muestra algunos de los principales avances y desafíos que ha tenido el máximo órgano jurisdiccional mexicano frente a la

adecuación del derecho interno a la normativa internacional a partir de la decantación concreta de casos; avances y desafíos que seguramente podrán consolidarse o superarse, según se trate, a partir del nuevo marco constitucional en materia de amparo y derechos humanos.

Prologar este volumen en el marco de las recientes reformas a la Constitución es una ocasión propicia para invitar a redoblar el esfuerzo de todas y todos a favor de la más amplia vigencia y respeto de los derechos humanos en México. El goce pleno de los derechos humanos será una realidad en la medida en que las autoridades públicas y la sociedad en su conjunto tengan la certeza de que tales derechos parten de obligaciones jurídicas ciertas, objetivas y razonables y que representan un imperativo ético en una sociedad que se considera democrática y pluralista. Aplicados de manera armónica y en el nuevo marco de la citada reforma constitucional, el derecho interno y el derecho internacional de protección de la persona son capaces de dotar al nuevo paradigma de un horizonte realizable.

Por último, no queda sino congratularse del esfuerzo conjunto y altamente fructífero que la SCJN y la ONU-DH han venido desarrollando. Esta obra refrenda la disposición y apertura del máximo tribunal de justicia de la Nación para seguir avanzando en este rumbo, lo cual agradecemos de manera sincera.

Javier Hernández Valencia

*Representante en México de la Alta Comisionada
de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*

Justificación

 El 15 de junio de 2006, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y la Suprema Corte de Justicia de la Nación firmaron un Acuerdo Marco de Colaboración en el cual se fijó el compromiso de parte de la OACNUDH de "establecer los mecanismos necesarios con el fin de poder editar de manera conjunta el material que determinen las partes de común acuerdo para dar una mayor promoción y difusión de los derechos humanos, así como impulsar la sistematización de la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación en materia de derechos humanos". Asimismo, en el Acuerdo firmado el 6 de febrero de 2008 entre la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Estado mexicano, se establece que la OACNUDH "cooperará con los diversos Poderes del Estado asesorando sobre la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en áreas de mutuo interés".

El Estado mexicano ha signado y ratificado prácticamente la totalidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, lo cual, conforme al principio de *pacta sunt servanda* contenido en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, implica que el Estado asume la obligación de

tomar todas las medidas que estén a su alcance para dar cumplimiento de buena fe a las normas de derechos humanos contenidas en los mismos.

El Poder Judicial desarrolla una función central en la implementación de las normas de derechos humanos reconocidas tanto en la Constitución como en los tratados internacionales. En México, la interpretación autorizada de las normas jurídicas aplicables al Estado mexicano corre a cargo de la SCJN, quien, a través de los principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentran en sus sentencias, fija la jurisprudencia que conforme al artículo 192 de la Ley de Amparo, resulta obligatoria para todo el aparato jurisdiccional federal y una guía importante para el resto de los órganos jurisdiccionales estatales.

En el marco de la transparencia y acceso a la justicia, resulta de medular importancia la identificación y publicitación de las sentencias pertenecientes al máximo órgano jurisdiccional mexicano relacionadas con los derechos humanos y su análisis a la luz de los estándares internacionales contenidos en los tratados, resoluciones y sentencias de derechos humanos.

Tomando en cuenta los elementos señalados, se consideró relevante realizar un proyecto editorial conjunto entre la SCJN y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, con el fin de analizar algunas de las sentencias más relevantes de la Suprema Corte en materia de derechos humanos a la luz de los estándares internacionales de los derechos humanos de manera plural. Por ello participan en esta obra personal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, académicos reconocidos en sus especialidades y personal de la OACNUDH.

Con esta publicación se pretende contribuir a la difusión de las sentencias de la Corte y a la comprensión de los derechos humanos que constituyen la esencia de tales sentencias.

Es de esperar que este producto editorial sea de gran utilidad para la sociedad en su conjunto, quien, por regla general, desconoce las decisiones emitidas por la Corte; para los abogados litigantes a quienes les permitirá profundizar en la

normativa y estándares internacionales aplicables por la Corte a efecto de enriquecer futuros juicios, y para los jueces del país, proporcionándoles un recurso valioso en tanto que su sistematización conforme a los derechos tratados en cada sentencia les brindará una herramienta que les facilite la ubicación de los criterios tomados por la Suprema Corte.

Lic. Teresita del Niño Jesús Lúcia Segovia



*ncorporación del derecho
internacional en el derecho interno*

JOSÉ LUIS CABALLERO OCHOA*

* Académico-investigador en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Agradezco los comentarios de Oscar Concha Jurado en la elaboración de este trabajo.

I. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

1. De la incorporación al control de convencionalidad de los tratados internacionales y su integración con los derechos fundamentales

 El desarrollo jurídico contemporáneo sobre la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al orden interno ha tomado el derrotero de acentuar cada vez más la necesidad de interpretar los derechos constitucionales de conformidad con la norma internacional, especialmente con los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En este sentido, me parece que es posible hablar de distintos estadios en donde tiene lugar la integración de derechos a partir del encuentro entre los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos y los ordenamientos nacionales (me refiero fundamentalmente a los sistemas europeo e interame-

ricano) y que van aproximando la conformación de un verdadero derecho de integración:¹

1. La ratificación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, por la que el Estado se compromete a acatar las obligaciones adquiridas con relación a las personas sometidas a su jurisdicción.
2. La aceptación de una jurisdicción contenciosa internacional, que puede ser implícita para los Estados Parte, por ejemplo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH, o "Convenio Europeo"); o bien, sujeta a un reconocimiento posterior, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH, o "Convención Americana")
3. La incorporación de los tratados al orden interno, lo que implica la obligatoriedad de su aplicación por parte de todos los operadores jurídicos.²
4. En la mayor parte de los Estados con apertura al derecho internacional de los derechos humanos, encontramos la previsión de un estatus normativo de mayor nivel para estos instrumentos que los distingue del resto de los tratados. Regularmente se opta por un rango constitucional o supraconstitucional expreso en el sistema de fuentes del derecho; o bien, por una cláusula de interpretación conforme de los derechos fundamentales respecto de aquellos que se encuentran contenidos en tratados

¹ Con este término refiero los procesos de unificación entre Estados a partir de la segunda mitad del siglo XX, y que permiten incluso sesiones de parcelas soberanas, lo que marca una distancia con el modelo clásico de Estado-Nación, fortalecido con el liberalismo decimonónico. Estos procesos de integración se han iniciado a partir de la apertura de fronteras en materia económica, mediante tratados de libre comercio o uniones aduaneras, pero también se han ido fortaleciendo y consolidando en relación con la protección a los derechos humanos. El caso de la integración europea resulta paradigmático como ejemplo de este desarrollo jurídico.

² Se trata de la vía de un internacionalismo constitucional, es decir, los pasos para que cualquier Estado haga suyas las normas de derecho internacional. En este sentido, Remino Brotons apunta: "El primer aspecto, el internacionalismo supone la asunción de los principios fundamentales del DI y su adecuada protección en el orden interno, garantizando su observancia mediante: 1) Una recepción automática y global del DI en general, 2) su aplicabilidad directa y 3) su prevalencia sobre las leyes estatales bajo la garantía de los Jueces, y en su caso, de los tribunales que tienen encomendada la guarda del llamado *bloqueo de la constitucionalidad*." Remiro Brotons, Antonio, *et al, Derecho internacional*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1997, p. 31.

internacionales –que contempla también la jurisprudencia de los tribunales a cargo de su interpretación– y que a la postre refleja de forma más cabal una integración de contenidos entre el ordenamiento internacional y el interno en materia de derechos humanos.

En el contexto de la CADH, este trabajo de integración de derechos se presenta en una doble dimensión. Por una parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CrIDH o "la Corte Interamericana") los interpreta estimando su debida aplicación en el ámbito interno. Esto significa que las sentencias no sólo emiten una serie de resolutivos para ser atendidos en el caso concreto, sino también una doctrina sobre el entendimiento de las obligaciones generadas para los Estados Parte, a fin de cumplir con el deber de "adoptar disposiciones de derecho interno", como establece el artículo 2o. CADH. Por otro lado, se encuentra la interpretación conforme que realizan los jueces nacionales, especialmente los de constitucionalidad.

Con relación al primer aspecto, la labor interpretativa de las jurisdicciones internacionales de derechos humanos ha tenido diversas connotaciones. Así, en el contexto de aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se le ha llamado el efecto de "cosa interpretada", e implica que la jurisprudencia derivada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es vinculante para todos los Estados, con independencia de su participación en los procesos judiciales específicos. Sus sentencias no sólo vinculan a las partes –"efecto de cosa juzgada"³ sino que deben servir de parámetro de interpretación de los propios derechos constitucionales, desde luego, siempre y cuando esto constituya una ampliación de los mismos (cláusula *pro persona*).

Por su parte, en el Sistema Interamericano, la CrIDH ha planteado el control de convencionalidad con respecto a la CADH, pero no sólo como una

³ "Principio que implica el carácter irrevocable de las sentencias definitivas; la preclusión de un juicio posterior sobre el mismo asunto, y que no es otra cosa que la afirmación del principio de *non bis in idem*; el propio precedente que se va creando con respecto a fallos futuros, es decir, se genera una especie de prejudicialidad al respecto". Cfr. Queralt Jiménez, Argelia, *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 218 ss.

atribución propia, en ejercicio de la facultad que le han otorgado los Estados de ser el intérprete de los instrumentos del sistema,⁴ sino como una obligación de los Jueces nacionales, tal como lo establecen, por ejemplo, los casos *Almonacid Arellano* y otros *vs.* Chile;⁵ o *Radilla Pacheco vs.* Estados Unidos Mexicanos.⁶

Este es el ámbito de interpretación en sede de la jurisdicción interna, e implica que el control de convencionalidad deviene necesariamente en un criterio de interpretación conforme de los derechos constitucionales con respecto de los contenidos en la Convención Americana.

2. El particular caso mexicano

La narrativa constitucional mexicana en la materia no ha sido del todo exitosa. A pesar de que el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, CPEUM) establece que los tratados internacionales, una vez que han sido aprobados, forman parte del ordenamiento interno,⁷ una diversidad de factores han impedido un despliegue cabal de los mismos,⁸ y por tanto,

⁴ *Cfr.* Rodríguez Huerta, Gabriela, "Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos", García Ramírez, Sergio, Castañeda Hernández, Mireya, (Coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, IJ-UNAM/Secretaría de Relaciones Exteriores/Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 218.

⁵ Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 26 de septiembre de 2006. Serie C, número 154.

Al respecto, en el párr. 124, *in fine*, la CrIDH señaló: "En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de la convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"

⁶ Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 23 de noviembre de 2009. Serie C, número 209.

⁷ Establece: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados".

⁸ Para aproximarse a una reflexión sobre esta problemática y a la necesidad de reformas, véase, entre otros, Ortiz Ahlf, Loretta, *et al.*, *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y derechos humanos*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004; Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, IJ-UNAM, 2006; Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, Porrúa, 2009; de igual manera, los trabajos recopilados en: García Ramírez, Sergio y Castañeda, Mireya, *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, IJ-UNAM/Secretaría de Relaciones Exteriores/Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.

una expansión de los derechos fundamentales. Esta situación ha redundado en el trabajo que realizan los operadores jurídicos internos, especialmente los jueces de constitucionalidad a la hora de dotar de contenido esencial a los derechos mediante sus resoluciones; de tal suerte que no han sido pocos los casos en donde se sigue reproduciendo un modelo de ruptura entre el derecho interno y el internacional.⁹

Inicialmente encontramos un marco jurídico muy deficiente para soportar debidamente la incorporación, y que se ha tratado de colmar con base en una jurisprudencia titubeante, dirigida casi de forma exclusiva a establecer una jerarquía de los tratados en la pirámide normativa.¹⁰ Además, no es menor señalar que al menos desde 2000 hemos tratado de realizar una reforma constitucional plausible relativa a la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, sin éxito alguno.¹¹

Un punto de inflexión en esta búsqueda fue el ejercicio que, en 2007, convocó a un grupo de organizaciones de la sociedad civil, así como académicas y académicos auspiciado por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, quienes elaboraron una propuesta de reforma constitucional integral en la materia que en su momento fue presentada a los legisladores.¹² A partir de ese año ha habido dos dictámenes aprobados en sede congresual, el primero en 2009 por parte de la Cámara de Diputados y rechazado por el Senado, otro en 2010, aprobado por la Cámara de Senadores, que aún no ha sido aprobado por aquella.¹³

⁹ Cfr. Caballero Ochoa, José Luis, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a los tribunales nacionales. Algunas reflexiones sobre el caso mexicano, García Ramírez, Sergio y Castañeda, Mireya, *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos...* op. cit., pp. 334 ss.

¹⁰ Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional...* op. cit., p. 112.

¹¹ Como se destaca en: Muñoz Ledo, Porfirio (Coord.), *Comisión de Estudios para la Reforma del Estado. Conclusiones y propuestas*, segunda edición, México, 2004, pp. 52 ss.

Sobre las distintas propuestas de reforma que se acometieron entre 2000 y 2004: Caballero Ochoa, José Luis, "Una vuelta a los principios sobre derechos humanos en la Constitución mexicana. Algunas pistas de reflexión a la luz del derecho comparado", Ortiz Ahlf, Loretta, et al, *Ensayos en torno*, op. cit., p. 23, nota 6.

¹² El texto íntegro del trabajo impulsado por el Alto Comisionado se publicó como *Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos, elaborada por las organizaciones de la sociedad civil y por académicas y académicos especialistas en derechos humanos*, México, OACNUDH, 2008.

¹³ Este trabajo se escribe durante la segunda quincena del mes de agosto de 2010, y se espera que la Cámara de Diputados apruebe finalmente el dictamen durante el periodo ordinario de sesiones que inicia el primero de septiembre.

Esta anomia constitucional nos sitúa además a la zaga del conjunto de países que desde hace décadas han abierto sus constituciones a la plena incorporación del derecho internacional, y se han visto beneficiados en la expansión de sus derechos fundamentales, entre otros, Portugal (1976), España (1978), Colombia (1991), Argentina (1994), Bolivia (2009).

El contexto descrito, sin lugar a dudas, ha repercutido en el trabajo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN, o "la Corte"). A partir de la reforma de 1995, que le permitió fortalecerse como tribunal constitucional, la Corte ha tenido que resolver cuestiones relevantes sobre derechos fundamentales, dotándolos de contenido esencial, y estableciendo criterios de ponderación ante colisiones normativas; sin embargo, en no pocas ocasiones ha pasado por alto o no ha aquilatado debidamente el papel de la norma internacional de derechos humanos. Algunos de los casos más conocidos en la materia han resultado muy cuestionados en este aspecto; uno de ellos, el recurso de apelación 1/2004-PS, al que me refero en este comentario, sobre la prescripción del delito de genocidio ante la imposibilidad de la aplicación retroactiva de la ley.¹⁴

No obstante, en los últimos años la SCJN, los tribunales colegiados, así como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se han ido moviendo en un sentido más favorable a la aplicación de los instrumentos internacionales y a la jurisprudencia emanada de los organismos a cargo de su interpretación, especialmente la CADH, y la CrIDH respectivamente. La tendencia en esta interacción va documentando que los derechos humanos contenidos en tratados construyen el contenido esencial de los derechos fundamentales y adquieren una dimensión de constitucionalidad.

Algunos casos importantes resueltos en últimas fechas por la SCJN, que han dotado de contenido esencial a los derechos fundamentales a la luz de los tratados y jurisprudencia internacional, son, por ejemplo, en sede de la Primera

¹⁴ Un recuento de algunos de estos casos en donde la norma internacional ha sido prácticamente pasada por alto, o ha fungido como perfecta "convidada de piedra", en Caballero, Ochoa, José Luis, "*La Corte Interamericana...*", *op. cit.*, pp. 336-337.

Sala, los juicios de amparo en revisión 1595/2006, sobre libertad de expresión y la prohibición de censura; el 2044/2008, sobre libertad de expresión y derecho al honor de los funcionarios públicos; el 173/2008, sobre restricciones a la libertad de trabajo en atención a preservar el derecho a la salud; o el 1624/2008, sobre identidad de las comunidades indígenas y la reivindicación de sus usos y costumbres.

II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SCJN EN EL RECURSO DE APELACIÓN 1/2004-PS

1. Antecedentes

México ha vivido su incipiente transición a la democracia, luego de un sistema autoritario de partido hegemónico que gobernó durante 70 años, sin hacer frente de manera cabal a las violaciones sistemáticas a derechos humanos que ocurrieron en ese contexto. Especialmente grave ha sido omitir un tratamiento adecuado de cara a la justicia transicional ante el genocidio ocurrido el 2 de octubre de 1968 y los años subsiguientes, en lo que se ha conocido como el periodo de la llamada "Guerra Sucia", durante las décadas de los años 70 y 80 del siglo pasado. Una grave omisión que se ha prolongado a través del tiempo y que, aunada a la falta de un sistema político-jurídico eficaz en términos de *accountability*, transparencia, combate a la corrupción y fortaleza legal e institucional, permiten afirmar que la transición democrática mexicana es una transición fracturada y en constante riesgo de regresión autoritaria.

En este contexto de la Guerra Sucia, se cometió la masacre conocida como "El Halconazo", cuyo 40 aniversario se conmemorará el 10 de junio de 2011. La muerte de un grupo de jóvenes a manos de agentes del Estado, constituye parte de una cadena de crímenes iniciada en octubre de 1968 con la matanza de Tlatelolco, y desencadenada por el propio Estado en contra de los opositores políticos, lo que ocasionaría centenares de desaparecidos, torturados y ejecutados.¹⁵

¹⁵ Ni un solo culpable por el *halconazo*. *Diario La Jornada*, Domingo 10 de junio de 2007. <http://www.jornada.unam.mx/2007/06/10/index.php?section=politica&article=012n1pol>. Consultada el 30 de agosto de 2010.11.30 A.

La sentencia que se ha elegido, resuelta por la Primera Sala de la SCJN el 15 de julio de 2005, evidencia especialmente tres cuestiones: la dificultad que ha tenido México para atender de manera satisfactoria los temas de la justicia transicional;¹⁶ la falta de incorporación y aplicación plena del derecho internacional de los derechos humanos y su papel en la integración de los derechos fundamentales; y como consecuencia de lo anterior, la falta de atención al desarrollo jurisprudencial que se ha dado en sede de la CrIDH respecto al tratamiento del genocidio y en general sobre los crímenes de lesa humanidad.

El caso concreto llegó a la SCJN con motivo de las consignaciones realizadas por la Fiscalía Especial para la Atención de Hechos Probablemente Constitutivos de Delitos Federales Cometidos Directa o Indirectamente por Servidores Públicos, en Contra de Personas Vinculadas con Movimientos Sociales y Políticos del Pasado o Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado (en adelante FEMOSPP) de la Procuraduría General de la República, a cuyo cargo estuvo la investigación de estos hechos entre 2001¹⁷ y 2007.¹⁸ La FEMOSPP ejerció acción penal en contra de diversas personas como probables responsables del delito de genocidio, incluidos quienes en el momento de ocurrir los hechos del 10 de junio de 1971 ocupaban el cargo de Presidente de la República y de Secretario de Gobernación, Luis Echeverría Álvarez y Mario Moya Palencia, respectivamente.

La SCJN atrajo el caso, a partir del recurso de apelación interpuesto por la FEMOSPP, con el objeto de resolver la posible prescripción del delito de genocidio

¹⁶ La literatura sobre justicia transicional en México no es muy abundante. Son más los trabajos de crónica sobre los acontecimientos del 68 y años subsiguientes, los que han documentado la temática. Por ejemplo, de Elena Poniatowska, *La noche de Tlatelolca*, México, Era, 1968; de Carlos Monsiváis, *El 68 la tradición de la resistencia*, México, Era, 2008; de Sergio Aguayo, *1968, los archivos de la violencia*, México, Grijalbo, 1998. Un estudio que se aproxima más a la temática concreta para revelar la ineficacia del proceso mexicano es: Mariclaire Acosta y Esa Ennelin, "The mexican solution to transitional justice", Naomi Roht-Arriaza, *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, New York, Cambridge University Press, 2006.

¹⁷ La FEMOSPP se creó por acuerdo del Presidente de la República como una fiscalía especial adscrita a la Procuraduría General de la República el día 27 de noviembre de 2001, con el objeto de investigar y esclarecer los hechos presumiblemente constitutivos de delitos cometidos por servidores públicos en contra de quienes habían participado en movimientos sociales o políticos del pasado.

¹⁸ El lunes 26 de marzo de 2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el acuerdo A/317/06, del Procurador General de la República, por el que se abrogó el anterior acuerdo A/01/02, de fecha 4 de enero de 2002, mediante el cual se había designado al Fiscal Especial. Prácticamente con este acuerdo se dio por terminada la labor de la FEMOSPP.

por el que habían sido consignados los presuntos responsables de los hechos ocurridos el 10 de junio de 1971.¹⁹ En efecto, este delito se encontraba previsto en el artículo 149-Bis del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, vigente en el año de 1971. A partir del 17 de septiembre de 1999 se encuentra tipificado en el Código Penal Federal que se separó del correspondiente al del Distrito Federal.²⁰ El plazo para su prescripción se estimó en 30 años al atenderse a lo dispuesto en el artículo 105.²¹

2. Consideraciones esenciales sobre la vinculación de México a los tratados internacionales aplicables

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la FEMOSPP, la SCJN tuvo que atender a los aspectos fundamentales expresados en los agravios; es decir, la consideración de los dos tratados internacionales que directamente devendrían aplicables: la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio (en adelante CPSG)²² y de la que nuestro país tomó el tipo penal correspondiente;²³

¹⁹ No ha sido la única actuación planteada a la SCJN con motivo de estos hechos. En 2006 el jefe de Gobierno del Distrito Federal solicitó el ejercicio de la Facultad de Investigación prevista en el artículo 97, segundo párrafo CPEUM, sobre las violaciones a garantías individuales cometidas el 10 de junio de 1971. El 20 de abril de 2006, por una mayoría de siete votos, el Pleno resolvió no ejercer esta facultad. Sobre este tema, es importante destacar las reflexiones del Ministro José Ramón Cossío en su artículo "El Halconazo", *Revista Nexos*, año 28, vol. XXVIII, número 342, junio de 2006, pp. 39-43.

²⁰ La disposición establece a la letra:

"Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio delitos contra la vida de miembros de aquellos, o impusiere la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo.

Por tal delito se impondrán de veinte a cuarenta años de prisión y multa de quince mil a veinte mil pesos.

Si con idéntico propósito se llevaren a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de dichas comunidades o se trasladaren de ellas a otros grupos menores de diez y seis años, empleando para ello la violencia física o moral, la sanción será de cinco a veinte años de prisión y multa de dos mil a siete mil pesos.

Se aplicarán las mismas sanciones señaladas en el párrafo anterior, a quien con igual propósito someta intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

En caso de que los responsables de dichos delitos fueran gobernantes, funcionarios o empleados públicos y las (sic) cometieren en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, además de las sanciones establecidas en este artículo se les aplicarán las penas señaladas en el artículo 15 de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación."

²¹ Artículo 105.- "La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de tres años"

²² México ratificó el instrumento el 22 de julio de 1952 y se publicó en el *DOF* el 11 de octubre de 1952.

²³ El artículo II de la Convención establece:

"En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (en adelante CICG);²⁴ además, el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²⁵

El hilo conductor de la argumentación de la FEMOSPP fue precisamente resolver con base en los tratados internacionales aplicables en México,²⁶ lo que al final de cuentas no constituyó el elemento esencial del fallo, sino el régimen especial de responsabilidad para los servidores públicos. La SCJN estimó que no era posible invocar la prescripción para quienes en el momento de los hechos se desempeñaban como Presidente de la República y Secretario de Gobernación, en virtud de que, en su momento, no se condujo el procedimiento de declaración de procedencia a efecto de fincar las responsabilidades correspondientes; de tal suerte que sería a partir del 1 de diciembre de 1976, fecha en que abandonaron los cargos, cuando en todo caso empezaría a correr el plazo para la prescripción. Esta argumentación permitió resolver de forma diferenciada los casos de Luis Echeverría Álvarez y Mario Moya Palencia.

Con respecto al valor de los tratados aplicables, el punto fundamental debatido en la SCJN fue que México ratificó la CICG con posterioridad a los hechos ocurridos el 10 de junio de 1971 y, aunque ya había entrado en vigor de forma internacional, no existía la vinculación plena de nuestro país sino a partir de 2002.²⁷ Se estimó que el instrumento era inaplicable atendiendo al artículo 14

a) Matanza de miembros del grupo;

b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo."

²⁴ Fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26 de noviembre de 1968 y entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

²⁵ La disposición completa establece: "Artículo 15.1 Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional."

²⁶ Se incorporó a la sentencia en el Considerando Quinto, a partir de la foja 29.

²⁷ México la firmó el 3 de junio de 1969, pero la ratificó el 15 de marzo de 2002; se publicó en el *DOF* el 22 de abril de ese año.

primer párrafo CPEUM, que establece la prohibición de aplicar retroactivamente una ley en sentido negativo.²⁸

Además, continuando con el análisis del caso es necesario tomar en consideración los siguientes aspectos:

- a) El compromiso de México hacia la CPSG se cumplió al proceder a la tipificación del delito, de conformidad con el artículo V, que estipula la obligación de adoptar las medidas legislativas, especialmente de carácter penal, para prevenir y sancionar este crimen; ²⁹ sin embargo, no era el único deber con respecto al tratado, ya que implicaba también atender a la jurisprudencia emanada de la interpretación que del mismo ha construido la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ), que siguió un claro derrotero jurisprudencial a partir de la entrada en vigor de la CPSG.³⁰ En efecto, el compromiso de los Estados no se limita al cumplimiento de la parte sustantiva de los derechos consignados en los tratados internacionales, sino que implica también una vinculación hacia las jurisdicciones previstas en los mismos, bien mediante la ejecución de las sentencias, bien mediante una interpretación conforme con su jurisprudencia en la medida en que sea más protectora de los derechos, como he

²⁸ A la letra: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".

²⁹ "Las partes contratantes se comprometen a adoptar con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III."

³⁰ Particularmente importante es el carácter que reviste la Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951 sobre las reservas a esta Convención, y que hablan de la vinculación *erga omnes* de las obligaciones contraídas, así como de su carácter de norma imperativa de derecho internacional, específicamente por lo que corresponde a la prevención y castigo del genocidio.

Manuel Becerra en una certera crítica a esta resolución y haciendo eco de esta Opinión Consultiva ha señalado: "La Corte olvida que el derecho internacional tiene diferentes fuentes, no sólo los tratados, sino también la costumbre internacional. En materia de genocidio, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en relación con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito del Genocidio ha declarado que 'los principios en que se basa son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, incluso sin ninguna relación convencional.' Es decir, aun cuando no exista un tratado internacional.", Becerra, Manuel, "Comentarios sobre la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de los 'Halcones'", *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, número 14, México, IIJ-UNAM, enero-junio de 2006, pp. 205-206.

señalado. Una cuestión que aún no tiene muy clara la SCJN, después de cinco años de esta controvertida resolución.³¹

- b) Con la ratificación de la CICG, México presentó una declaración interpretativa para evitar su aplicación de forma retroactiva, abriendo espacios a la prescripción de un tratado que tiene como objeto y fin evitarla.³² El artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CVDT) ya claramente prevé que las obligaciones contraídas ante la ratificación de los instrumentos no se establecen de forma retroactiva, a menos que *una intención diferente se desprenda del tratado*, lo que es el caso de la CIGG al establecer en el Artículo I que estos crímenes: "son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido". De esta manera, fue un acto en contra del objeto y fin del tratado –como precisó el Ministro Juan Silva Meza, señalando que el genocidio "*per se* es imprescriptible"³³ revestido de la forma de una declaración interpretativa, que era necesario se redimensionara por la interpretación correspondiente de la propia SCJN.³⁴ No debió pasarse

³¹ Véanse las distintas posturas asumidas por los Ministros en la sesión pública ordinaria del Pleno de la SCJN, celebrada el martes 7 de septiembre de 2010, en la discusión del Expediente Varios 489/2010, con motivo de la consulta a trámite y medidas que deben seguirse por el Poder Judicial de la Federación para atender una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A propósito de los puntos resolutivos y la jurisprudencia dirigida específicamente al Poder Judicial de la Federación en el Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.

³² La Declaración establece:

"Con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de México, al ratificar la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, entenderá que únicamente serán imprescriptibles los crímenes que consagra la Convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para México".

³³ "De esta suerte, el problema que surge al respecto es si puede dejarse de aplicar el contenido de una declaración interpretativa, realizada por un país, cuando, como en el caso, va en contra de la finalidad principal de una Convención, tomando en cuenta para ello el derecho Internacional público, entendido como el conjunto de normas que regulan las relaciones entre Estados soberanos y la comunidad internacional.

La referida Convención y otros instrumentos internacionales que abordan el tema sobre la interpretación de los tratados, como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, conducen a la conclusión, cuando menos a mí, de que el delito de genocidio es *imprescriptible* cualquiera que sea la fecha en que se haya cometido, esto es, el genocidio *per se*, es imprescriptible; sin embargo, la declaración interpretativa realizada, parece limitar los alcances de esta voluntad internacional." Silva Meza, Juan, "Reflexiones en torno al delito de genocidio", *Iter Criminis, Revista de Ciencias penales*, Tercera Época, número 2, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005, p. 166.

³⁴ *Ibidem*, p. 166.

por alto que nos encontramos ante obligaciones que revisten el carácter de *ius cogens*, es decir, el deber de los Estados de perseguir y castigar el delito de genocidio, así como su calidad de crimen imprescriptible sin importar el momento en que el mismo haya sido cometido, constituyen normas imperativas de derecho internacional.³⁵

3. La conclusión de la SCJN. Los razonamientos en el criterio mayoritario de la Primera Sala³⁶

Por mayoría de tres votos,³⁷ la Primera Sala señaló que la CICG no podía aplicarse retroactivamente, y por tanto, desestimó la posibilidad de construir la imprescriptibilidad absoluta del genocidio en atención a los tratados citados, argumentando lo siguiente:

- El principio de no retroactividad de la ley en perjuicio del gobernado previsto en el artículo 14 CPEUM rige para los tratados internacionales. Es el sentido de la declaración interpretativa interpuesta por México para salvaguardar este principio constitucional en relación con la imprescriptibilidad del genocidio consignada en la CICG.
- La naturaleza jurídica de esta declaración es distinta a la reserva, que tiene por objeto modificar o excluir los efectos del tratados, y que en este orden, la declaración formulada por México, no modificó "alguno de los ámbitos de validez de la Convención analizada, que en el caso particular sería el ámbito temporal", ya que no establece una exclusión del artículo 28 la CVDT que prescribe la irretroactividad de los tratados.³⁸

³⁵ A juicio del Ministro Silva Meza, esta connotación debió ser un elemento importante de reflexión para la SCJN: "La Convención para la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no tuvo la intención de suprimir el principio de no retroactividad de la ley, sino que siguiendo el principio de las normas de *ius cogens*, se sustentó en el argumento de que los delitos que lesionan a la humanidad no pueden permanecer incólumes ante el indefectible paso del tiempo, no obstante la figura jurídica de la prescripción", *Ibidem*, p. 170

³⁶ Las reflexiones de este apartado se han tomado en buena medida de: Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales... op. cit.*

³⁷ A favor los ministros José de Jesús Gudiño Pelayo, Sergio A. Valls Hernández y José Ramón Cossío Díaz; en contra Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

³⁸ Fojas 102 ss.

Sin embargo, me parece que de alguna suerte la SCJN reconoció el argumento del apelante en el sentido de que la declaración interpretativa podría tomarse como una verdadera exclusión de los efectos jurídicos del tratado, ya que la "intención de la Convención es regir aún sobre los actos realizados con anterioridad a su entrada en vigor en derecho interno",³⁹ en razón de lo que establece el artículo 1: "Los crímenes siguientes son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido", y que la "declaración interpretativa formulada por el Estado mexicano en realidad estaría modificando el ámbito temporal de la Convención y por tanto tendría que ser calificada como reserva".⁴⁰

De esta forma, y considerando que el argumento de hacer prevalecer lisa y llanamente la Constitución –artículo 14, primer párrafo– no era fácilmente sostenible ante la evidencia de los bienes jurídicos tutelados por estos instrumentos, y la expresa intención desprendida de la CICG de castigar del genocidio sin importar la fecha de su comisión, la SCJN construyó el argumento de una colisión entre derechos fundamentales previstos en la CPEUM, y una especie de "derechos supraindividuales", no incorporados al orden jurídico interno, y que a juicio de la Corte terminan "socavando los cimientos en los cuales se sostiene la construcción de un Estado de derecho constitucional moderno".⁴¹

En este sentido, a la SCJN no le resultó posible establecer una argumentación que demostrara que la aplicación de la CICG o de la CPSG no pudiera ser extensiva; o bien, inclusive, que la CPEUM debía tener una aplicación preferente ante el tipo de normas internacionales en juego. Así, la Corte terminó por señalar que los derechos tutelados por los tratados recaen en sujetos indeterminados.

Señaló que su "posición no prejuzga sobre la posibilidad de considerar que ciertos derechos fundamentales son al mismo tiempo derechos 'universales' o 'universalizables'. Pero ello significa únicamente que estamos hablando de derechos individuales que son de reconocimiento universal, no de derechos cuyo titular sea

³⁹ Foja 105, párrafo segundo.

⁴⁰ *Ibidem*, tercer párrafo.

⁴¹ Foja 109, primer párrafo.

distinto al individuo".⁴² De esta forma, estimó que la idea de universalización de los derechos no implica personificar a la humanidad como sujeto de los mismos, sino que son derechos siempre individuales, por lo que intentó evidenciar la aplicación preferente del artículo 14 CPEUM a los probables individuos genocidas, sobre los instrumentos internacionales que tutelan a un conjunto de víctimas titulares de derechos "indefinibles", señalando que:

El gran peligro que implica el sacrificar los derechos individuales frente a una pretendida existencia de derechos de la humanidad, la raza, la nación u otra identidad personificada, difusa y totalizadora de este tipo, es reproducir la mecánica de argumentación totalitaria frente a la cual estos derechos sirven como defensa; y hacer a un lado la legalidad positiva por una pretendida 'legalidad superior' que encarna a la justicia o algún otro valor que un juzgador considere relevante en un momento determinado. (Fojas 109-110).

Con respecto a las víctimas de este tipo de crímenes, es importante precisar que, tanto en la CPSG como en el código penal, se configuran como un sujeto colectivo, es decir, *uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso*, de tal manera que no es posible dejar de considerar la connotación de las víctimas desde este aspecto. Así, el sujeto sobre el que prevalece el derecho al acceso a la justicia en este tipo de crímenes imprescriptibles es un colectivo, de manera que no necesariamente tendría que prevalecer el sujeto individual, a quien le beneficiaría preferentemente el artículo 14 CPEUM por ser el titular identificable de los derechos fundamentales.

Igualmente, habrá que atender que tanto el derecho internacional de los derechos humanos, como el derecho penal internacional han desarrollado una noción de la víctima por violaciones a los derechos humanos, que en este caso devendría en el universo conformado por el colectivo directamente afectado por el delito de genocidio, y además en el interés general de la humanidad, en razón de los bienes jurídicos en juego, tal y como establece el artículo 5.1 del Estatuto de Roma al señalar que la Competencia de la CPI "se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto."

⁴² Foja 109, párrafo segundo.

III. COMPATIBILIDAD ENTRE LA SENTENCIA MEXICANA Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Me parece que la ausencia de compatibilidad entre la sentencia y los estándares internacionales puede atenderse teniendo en cuenta dos perspectivas: por un lado, la tendencia evolutiva del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia que la CrIDH ha sentado de forma cada vez más contundente y que debe iluminar los criterios de interpretación constitucional, por otra parte, el contenido de las normas de derechos humanos, su naturaleza expansiva, con independencia del tipo de norma en que se encuentren.

Sobre el primer aspecto, era necesario que la SCJN hubiera tenido en consideración a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), y que efectivamente se mencionan en la resolución porque así lo hizo valer la actora, pero que evidentemente se subestiman como se va demostrando en la misma argumentación. De igual forma, era importante que la SCJN siguiera la pista del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la materia, y que necesariamente debe informar el contenido de los derechos constitucionales.

No se trata únicamente de incorporar a la jurisprudencia constitucional los derechos sustantivos presentes en la CADH para aplicar un criterio de interpretación conforme, sino también la jurisprudencia que va construyendo la CrIDH, intérprete auténtica de la Convención Americana, como establece el artículo 62.3 CADH. El papel que juega la jurisprudencia de los tribunales internacionales en la construcción del contenido esencial de los derechos fundamentales se documenta de forma cada vez más clara, y acompaña los criterios de argumentación sobre derechos humanos por parte de los tribunales constitucionales: ponderación, proporcionalidad, principio *pro persona*.⁴³

⁴³ Por ejemplo, ante la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la construcción del contenido de los derechos en sede del Tribunal Constitucional es práctica cotidiana y obligada ante un entendimiento amplio de la cláusula de interpretación conforme. Como ha señalado Alejandro Saiz, uno de los más reconocidos especialistas del tema en España: "En el terreno de los derechos fundamentales la interpretación sistemática de la Constitución obliga a tener presentes los tratados y acuerdos internacionales y, muy particularmente,

En el Caso Barrios Altos *vs.* Perú,⁴⁴ la CrIDH determinó que son inadmisibles la legislación de amnistía, la prescripción, y las excluyentes de responsabilidad en "violaciones graves a los derechos humanos", concretamente en relación con la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y la desaparición forzada de personas.⁴⁵ En el Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, la Corte Interamericana extendió su criterio hacia los crímenes de *lesa humanidad*, advirtiendo una consolidación de grandes directrices jurisprudenciales, entre las que destacan: la prohibición de los crímenes de lesa humanidad como norma de *ius cogens*; la imposibilidad de su prescripción, en virtud del daño que provocan a la humanidad en su conjunto,⁴⁶ y con independencia del tiempo en que hayan sido cometidos; la prohibición de generar legislación de amnistía que favorezca la impunidad;⁴⁷ así como la obligación de no extender la jurisdicción militar en casos de violaciones a los derechos humanos de las víctimas.⁴⁸

Estamos ante un Caso que se resolvió un año después del recurso de apelación 1/2004-PS, y en el que la CrIDH afirmó de forma categórica:

Basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del Señor Almonacid

las decisiones emanadas de los órganos de garantía de carácter jurisdiccional en éstos previstos". Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 210-211.

⁴⁴ Sentencia de fondo del 14 de marzo de 2001. Serie C, número 75.

⁴⁵ "Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos."

⁴⁶ "En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda" (párr. 152)

⁴⁷ "Por las consideraciones anteriores, la Corte estima que los estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía." (párr. 115)

⁴⁸ "El Tribunal ha establecido que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar" (párr. 131)

Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque sistematizado contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.⁴⁹

Además, la CrIDH consideró que en la especie concreta aún y cuando Chile no hubiera aún ratificado la CICG, la imprescriptibilidad "surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente no era posible que Chile dejara de cumplir esta norma imperativa".⁵⁰ Clarísimo el compromiso que, a juicio de la Corte Interamericana, adquieren los Estados frente a este tipo de normas. En este sentido, la imprescriptibilidad del genocidio se concebiría como una norma de derecho consuetudinario aplicable en México.⁵¹

Sobre el segundo aspecto, es necesario considerar que las normas sobre derechos humanos son contenidos mínimos susceptibles de ampliación, sin importar el tipo de ordenamiento en que se encuentren previstas: Constitución, tratado internacional, legislación secundaria. En este sentido, la Primera Sala de la SCJN debió haber hecho no sólo una reconsideración de la declaración interpretativa –como apuntó el Ministro Silva Meza– sino un ejercicio de ponderación entre el derecho consignado en el artículo 14 CPEUM y los derechos de las víctimas de los crímenes de lesa humanidad y obrar en consecuencia. Los elementos de constitucionalidad estaban a la mano mediante una aplicación extensiva del artículo 1o. CPEUM que establece una ampliación de las garantías individuales, en los ámbitos normativos que sean más protectores; esto es, los derechos de las víctimas del genocidio previstos en los tratados citados prevalecen ante el derecho del

⁴⁹ Párr. 99.

⁵⁰ Párr. 153.

⁵¹ Manuel Becerra hace la observación que para resolver el caso no era necesario acudir a la CICG, ya que la misma "lo que hace es tomar una norma del derecho consuetudinario como es la de imprescriptibilidad del delito de genocidio y codificarla." Becerra, Manuel, "Comentarios sobre la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de los 'Halcones'", *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, número 14, México, IIJ-UNAM, enero-junio de 2006, p. 216.

presunto genocida a su no aplicación retroactiva. La supremacía constitucional en materia de derechos humanos se encuentra en la ampliación de los derechos, la Corte ha señalado que los tratados que amplían las garantías son constitucionales,⁵² de tal suerte que el Tribunal Constitucional mexicano dejó pasar una magnífica oportunidad para una debida incorporación del derecho internacional en el derecho interno.

⁵² "... es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales. Situación diversa de las que, por el contrario, merme la esfera de protección que la Constitución da per se a los gobernados". Sentencia de Amparo en revisión 1175/98, "Sindicato Nacional de Controladores del Tránsito Aéreo", de 11 de mayo de 1999, Considerando octavo, foja 74, segundo párrafo *in fine*.



*Interpretación de los
estándares internacionales en
materia de derechos humanos;
análisis de la sentencia recaída a la
Controversia Constitucional 33/2002*

TERESITA DEL NIÑO JESÚS LÚCIA SEGOVIA*

* Consultora jurídica de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

I. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

1. Interpretación de normas de derechos humanos

La interpretación jurídica se entiende en tanto que se considera que los términos contenidos en los textos legales no tienen un sentido unívoco, sino que pueden poseer diversos significados según el método interpretativo que se utilice; así la interpretación de los documentos internacionales es el procedimiento o técnica mediante la cual se asigna significado al contenido de los mismos.

Al respecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 señala en su artículo 31 que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

El primer método descrito por el citado artículo 31, es el literal, que consiste en asignar al precepto estudiado el significado que resulte de la lectura de las

palabras que contiene su texto, observando su estructura, semántica, gramática y sintaxis. Sin embargo, la aplicación aislada de éste método ha sido expresamente rechazada por algunos órganos internacionales, en concreto por el Tribunal Internacional de Justicia, quien en los asuntos del Sudoeste Africano consideró que conforme al objeto y fin de los tratados no podría interpretarse (como lo solicitaba África del Sur) que los Estados hubieran perdido el *ius standi* ante el TIJ por el simple hecho de que desaparecida la Sociedad de Naciones los Estados no pudieran probar su condición de Estados.¹

Ahora bien, conforme al consenso internacional, en la interpretación de los tratados de derechos humanos deben utilizarse, además de los métodos tradicionales, otras técnicas de interpretación tales como la sistemática, donde destaca la aplicación del principio *pro personae* y la evolutiva o dinámica. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

A este respecto interesa tener presente que los tratados concernientes a la protección de los derechos humanos están orientados a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano, más que a fijar las normas de relación entre los Estados. Así, los tratados de derechos humanos no se contraen a definir el intercambio entre éstos, sino sirven al fin de proteger los derechos fundamentales de los seres humanos frente a su propio Estado y ante los otros Estados contratantes. Se inspiran en valores comunes superiores, centrados en la protección del ser humano, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo y cuentan con mecanismos de supervisión específicos.²

Asimismo, este órgano ha señalado que los tratados de derechos humanos deben interpretarse considerando el resto de la normativa internacional con quien comparten la misma naturaleza.³

¹ Cfr. TIJ en su opinión consultiva en el Asunto del Sudoeste Africano, Recueil 1955, pp. 35-36 y 51.

² Cfr. CorteIDH, Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá, Sentencia del 28 de noviembre de 2003, Serie C, no. 104, § 96.

³ Cfr. CorteIDH, Caso de La Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C, no 134, § 107.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece en su artículo 29 las reglas conforme a las cuales deberá ser interpretado su contenido.

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

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

Al respecto, el Juez Sergio García Ramírez, en su voto concurrente a la sentencia recaída al caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni expresó:

La Corte, en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, (...) debe tener en cuenta el principio de interpretación que obliga a considerar el objeto y fin de los tratados (artículo 31.1 de la Convención de Viena), y la regla *pro homine*, inherente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que conduce a la mayor y mejor protección de las personas, con el propósito último de preservar la dignidad, asegurar los derechos fundamentales y alentar el desarrollo de los seres humanos.⁴

En este orden de ideas, la primera vez que se hizo referencia en una sentencia al principio del objeto y fin del instrumento, fue en 1951, por la Corte Inter-

⁴ Cfr. CorteIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Suno) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, no. 79, Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, § 2.

nacional de Justicia al resolver el caso sobre las Reservas a la Convención del Genocidio, considerando que dicho principio no es una derogación de la autonomía de la voluntad del Estado sino su consolidación objetiva.⁵ Posteriormente este mismo Tribunal en el caso Lagrand, apuntó la necesidad de interpretar los instrumentos de derechos humanos conforme su objeto y fin, basando en dicho principio su conclusión de que las medidas provisionales son jurídicamente vinculantes.⁶

Ahora bien, una parte esencial del análisis del objeto y fin de un tratado consiste en asumir que el mismo fue creado para ser aplicado y regular una realidad existente. De ahí, que de este principio se deriva otro de igual importancia denominado "efecto útil de los tratados", al cual se ha referido en reiteradas ocasiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁷ recordando que en razón del objetivo de la CADH, consistente en garantizar la protección efectiva de los derechos humanos, los Estados deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos sino también a las normas procesales.⁸

En sentido similar se pronunció la Corte Internacional de Justicia en el caso del canal de Corfú, al señalar: "(...) la Corte, al determinar la naturaleza y el alcance de una medida, debe observar su efecto práctico en lugar del motivo predominante que se conjetura la inspiró".⁹

⁵ Cfr. CIJ, Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Resolución del 28 de mayo de 1951. "El objeto y el fin de un Tratado son los elementos esenciales que han sido tenidos en cuenta por la voluntad de las Partes en el sentido de que éstas rehusarían admitir todas las libertades que pondrán en peligro este objeto y este fin que ellas libremente han escogido como su bien común."

⁶ Cfr. CIJ, Caso Lagrand, Alemania *vs.* Estados Unidos de América, Sentencia del 27 de junio de 2001, § 102.

⁷ Cfr. CorteIDH, Caso Chunimá *vs.* Perú, Resolución del 1o. de agosto de 1991, Serie E: Medidas Provisionales, no. 1, § 5; Caso James y otros *vs.* Trinidad y Tobago, Resoluciones de 27 mayo, 19 de junio y 25 de septiembre de 1999, Serie E: Medidas Provisionales, no. 2, § 11, 6 y 12 respectivamente.

⁸ Cfr. CorteIDH, Caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, Sentencia del 28 de noviembre de 2003, Serie C, no. 104, § 66.

⁹ Cfr. CIJ, Caso del Canal de Corfú, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte *vs.* Albania, Sentencia del 9 de abril de 1949.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, también ha invocado el efecto útil de los tratados de derechos humanos en sus observaciones finales a los informes presentados por los Estados, como se observa a continuación:

El Comité observa con preocupación la interpretación restrictiva que hace el Estado Parte de sus obligaciones con arreglo al Pacto, (...) El Estado Parte debería revisar su enfoque e interpretar el Pacto en buena fe, de conformidad con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos en su contexto, incluida la práctica ulteriormente seguida, y teniendo en cuenta su objetivo y finalidad. El Estado Parte debería, en particular: (...) c) examinar en buena fe la interpretación del Pacto hecha por el Comité en cumplimiento de su mandato.¹⁰

En otro orden de ideas, merece destacar la importancia del principio contenido en el inciso b del artículo 29 de la CADH, mismo que también es recogido por diversos instrumentos de derechos humanos.¹¹ El denominado principio *pro personae*, según el cual si a una misma situación son aplicables dos normas jurídicas o si a una misma norma le son atribuible dos sentidos diversos, deben prevalecer aquellos que sean más favorables a la persona humana.¹²

Ahora bien, en conjunción al principio *pro personae*, encontramos el principio de interpretación evolutiva o dinámica, según el cual las normas jurídicas no deben ser leídas conforme a los valores vigentes en la época de su creación, pues los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos.¹³

¹⁰ Cfr. CCPR, Observaciones finales del examen al informe presentado por Estados Unidos de América, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 de diciembre de 2006, § 10.

¹¹ Entre otros, art. 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 5 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); art. 1.1. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño.

¹² Cfr. CorteIDH, Opinión Consultiva OC-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Resolución del 13 de noviembre de 1985, Serie A, no. 5, § 52.

¹³ Cfr. CorteIDH, Opinión Consultiva OC-18/2005, Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la CIDH (arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Resolución del 28 de noviembre de 2005, Serie A, no. 19, § 120; CorteIDH, Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Resolución del 14 de julio de 1989, § 37 y 38; CorteIDH, Caso Villagrán Morales y otros (Niños de la Calle) vs. Guatemala, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, no. 63, Voto Concurrente de los Jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, § 6; CorteIDH, Opinión Consultiva

Este principio ha sido también reafirmado por diversos órganos internacionales; entre los que destaca el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,¹⁴ quien consideró que la Convención de Roma "es un instrumento vivo que, como la Comisión acertadamente destacó, debe ser interpretado a la luz de las condiciones presentes hoy en día".¹⁵ Igualmente, el Relator Especial Rodolfo Stavenhagen utilizó la interpretación evolutiva en su informe ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2007, respecto de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.¹⁶ Asimismo, la Corte Internacional de Justicia señaló que un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar.¹⁷

Finalmente, respecto del tema de interpretación de los tratados internacionales, vale la pena destacar su importancia en lo que hace a la validación de las reservas hechas por los Estados ante la firma o ratificación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Así, el Comité para la Eliminación de la Discriminación racial recomienda al Estado de Barbados que retire su reserva a la Convención a efecto de dar todo el efecto útil a la misma.¹⁸

OC-10/89 Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Resolución del 14 de julio de 1989, Serie A, no. 10. Opinión Consultiva OC-16/99 El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Resolución del 1 de octubre de 1999, Serie A, no. 16. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C, no. 125, § 25. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri *vs.* Perú, Sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C, no. 110. Caso Juan Humberto Sánchez *vs.* Honduras, Sentencia del 26 de noviembre de 2003, Serie C, no. 102. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua, Sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, no. 79. Caso Barrios Altos *vs.* Perú, Sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, no. 75. Caso de La Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia, Sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C, no. 134. Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay, Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C, no. 146. Caso de las Masacres de Ituango *vs.* Colombia, Sentencia del 1 de julio de 2006, Serie C, no. 148.

¹⁴ *Cfr.* TEDH, *Loizidou vs. Turquía*, no. 15318/89 Sentencia del 8 de diciembre de 1994 § 71-72; *Marckx vs. Bélgica*, no. 6833/74 Sentencia del 13 junio de 1979 § 41; *Airey vs. Irlanda*, no. 6289/73, Sentencia del 9 octubre 1979 § 26.

¹⁵ *Cfr.* TEDH, *Tyrer vs. Reino Unido*, no. 5856/72, Sentencia del 25 de abril de 1978, Serie A, Núm. 26, § 31.

¹⁶ *Cfr.* Informe del Relator Especial sobre Asuntos Indígenas a cerca de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, 22 de octubre de 2007.

¹⁷ *Cfr.* CIJ, Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Legales para los Estados por la presencia continua de Sud África en Namibia (1970).

¹⁸ *Cfr.* CERD, Observaciones finales del examen al informe presentado por Barbados, CERD/C/BRB/CO/16, 1 de noviembre de 2005, § 1.

Por su parte, la Corte IDH en su reciente fallo al caso Radilla Pacheco *vs.* México,¹⁹ entendiendo que los tratados de derechos humanos deben interpretarse conforme a su objeto y fin y que los principios de "soberanía estatal" y "consentimiento del Estado" no son un concepto ilimitado que permita a los Estados sustraerse de la responsabilidad internacional ante la comisión de hechos ilícitos, consideró inválida la reserva interpuesta por el Estado Mexicano a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas por ser contraria al objeto y fin de este instrumento. Debido a su importancia en el presente análisis se procede a la transcripción de los párrafos pertinentes.

La Corte observa que México formuló una reserva al citado artículo IX de la CIDFP conforme a la cual manifestó que su ordenamiento jurídico interno reconoce "el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio" (*infra párr.* 306). Los representantes solicitaron al Tribunal declarar la "nulidad" de la reserva formulada por el Estado, por "[c]ontravenir el objeto y fin del tratado y [ser] contraria a la jurisprudencia de los organismos internacionales encargados de velar por la protección de los derechos humanos en el hemisferio [...]". Alegaron que "[l]a razón de ser [de este] artículo [...] es la de proteger a las víctimas de desaparición forzada de sus agresores -que de acuerdo a la práctica sistemática en los países de América Latina- [...] ha sido realizada por parte de elementos del Ejército. De tal manera que imponer una reserva que permita el juzgamiento de militares que cometan el delito de desaparición forzada de personas por el fuero militar, es una reserva que debería ser declarada nula [...]". La Comisión no formuló alegatos al respecto. Por su parte, el Estado cuestionó la competencia de la Corte para pronunciarse sobre la reserva formulada.

En relación con la facultad de formular reservas, el artículo XIX de la CIDPF dispone que "[l]os Estados podrán formular reservas a [esta] Convención en el momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherirse a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas".

Esta Corte ha manifestado reiteradamente que los tratados modernos sobre derechos humanos, como es el caso de la CIDFP, "no son tratados multi-

¹⁹ *Cfr.* CorteIDH, Caso Radilla Pacheco *vs.* Estados Unidos Mexicanos, Sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C, no. 209, § 305 al 312.

laterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos [...] Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción". Igual entendimiento han tenido la Corte Internacional de Justicia y el Comité de Derechos Humanos.

Teniendo en cuenta lo anterior, previo al pronunciamiento sobre la supuesta violación del artículo IX de la CIDFP, toca a esta Corte determinar si la reserva formulada por México a dicha disposición satisface los requisitos establecidos en el artículo XIX de tal instrumento, esto es, si aquélla es compatible con el objeto y fin del tratado y si versa sobre disposiciones específicas (*supra párr.* 302). El cumplimiento de estos requisitos no constituye una mera formalidad; es una condición material del tratado que debe ser atendida para garantizar que la reserva formulada no exceda lo límites de lo expresamente permitido en el mismo.

En cuanto a su compatibilidad con el objeto y fin del tratado, el Tribunal advierte que, a través de la reserva, México establece que el fuero de guerra es competente para conocer de un caso de desaparición forzada si el delito es cometido por un militar en servicio. Esto implica referirse a un fuero que para ser aplicado requiere de una calificación personal, no material. No se manifiesta que sea necesario un análisis de los intereses jurídicos detrás del ilícito, ni se toma como punto de referencia la disciplina militar o cualquier otro objetivo jurídico castrense. Asimismo, al añadir una reserva al artículo IX de la CIDFP, el Estado mexicano está estableciendo una regla general sobre la competencia de la jurisdicción penal militar. Como esta Corte ha mencionado la justicia militar es una de carácter excepcional que necesariamente requiere justificación en el caso concreto (*supra párr.* 272).

El objeto y fin de un tratado como la CIDFP es la eficaz protección de los derechos humanos por ella reconocidos. En términos de su artículo I, ésta tiene como propósito particular garantizar la efectiva prevención, sanción y supresión de la práctica de la desaparición forzada de personas, evitando sus efectos, esto es, la violación múltiple de derechos humanos. Para ello, dicha Convención ha dispuesto una serie de obligaciones por las cuales los Estados Partes se comprometen a: "a) No practicar, no permitir, ni tolerar la

desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales; b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo; c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas, y d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención".

Uno de los derechos protegidos en la CIDFP, encaminado a lograr la efectiva sanción de los autores del delito de desaparición forzada, es el del juez natural, indisolublemente ligado al derecho al debido proceso y al de acceso a la justicia, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana (*supra* párr. 273), derechos, por demás, inderogables. Así, el artículo IX de la CIDFP, más allá de una regla de competencia, reconoce el derecho al juez natural. Efectivamente, a través de esta disposición, los Estados Partes en la CIDFP se comprometen a respetar el derecho a un juez competente para conocer de la causa penal en torno al delito de desaparición forzada, que es el juez común, ya que, como se dijo, el bien jurídico protegido trasciende los intereses militares (*supra* párr. 275).

La Corte ha establecido que "una reserva que suspenda todo el derecho fundamental cuyo contenido es inderogable debe ser considerado como incompatible con el objeto y el propósito de la Convención y, consecuentemente, incompatible con la misma. La situación podría ser diferente si la reserva solamente restringe ciertos aspectos del derecho interno inderogable sin privar al derecho de su contenido básico". Al realizar esta determinación el Tribunal debe examinar si aún cuando la reserva sólo restringe algunos aspectos de un derecho inderogable, ésta impide darle pleno sentido y efecto útil al tratado.

Tal como ha sido formulada, la reserva al artículo IX de la CIDFP implica el desconocimiento del derecho humano al juez natural en la debida investigación y eventual sanción de los responsables de la comisión de desaparición forzada de personas. La necesidad de asegurar que este tipo de casos sean investigados ante las instancias competentes de conformidad con las obligaciones internacionales, trasciende los intereses de los Estados. La erradicación de la impunidad de las violaciones graves de derechos humanos, como la ocurrida en el presente caso, cuenta con una garantía colectiva, reflejada

en el claro y creciente interés de toda la sociedad y de todo Estado democrático de Derecho en fortalecer los mecanismos internacionales de protección en esta materia. La Corte estima que el derecho al juez natural, reconocido en el artículo IX de esta Convención, es indispensable para la consecución de los fines propuestos en la misma.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal considera que la reserva formulada por México no satisface el primer requisito establecido en el artículo XIX de la CIDFP, por lo que, en consecuencia, debe ser considerada inválida. En este sentido, resulta evidente que la aplicación de la jurisdicción militar en el presente caso, por la cual el Estado extendió la competencia del fuero castrense a hechos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, es contraria a la disposición contenida en el artículo IX del tratado de referencia, a la cual México está claramente obligado.²⁰

2. Desaparición forzada de personas

La desaparición forzada de personas la encontramos regulada en diversos instrumentos internacionales, a saber: La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,²¹ la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada,²² la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas,²³ el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.²⁴ Asimismo, dentro del Derecho Internacional Humanitario, se encuentra comprendida en el artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en el artículo 4.2 del Protocolo Adicional II de 1977.

Este delito fue definido por el Preámbulo de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas en los siguientes términos:

²⁰ *Cfr.* CorteIDH, Caso Radilla Pacheco *vs.* Estados Unidos Mexicanos, Sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C, no. 209, § 301 al 312.

²¹ Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.

²² Adoptada por la Organización de las Naciones Unidas en 2006.

²³ Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992.

²⁴ Adoptado en Roma, Italia, el 17 de julio de 1998.

Que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley.

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas emitió en su artículo 2o. esta definición:

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Así pues, el elemento que distingue a la desaparición forzada de otras conductas cuyo resultado es la privación de la libertad personal consiste en la negativa de reconocer la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de las personas; así lo ha manifestado la Corte Interamericana al considerar que este elemento debe estar presente en la tipificación del delito, porque ello permite distinguirlo de otros con los que usualmente se la relaciona, como el plagio o secuestro y homicidio, con el propósito de que puedan ser aplicados los criterios probatorios adecuados e impuestas las penas que consideren la extrema gravedad de este delito a todos aquellos implicados en el mismo.²⁵

Ahora bien, conforme a los estándares internacionales, la desaparición forzada es "una afrenta a la conciencia del hemisferio"²⁶ y un ultraje a la dignidad

²⁵ *Cfr.* CorteIDH, Caso Gómez Palomino *vs.* Perú, Sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C, No. 136, § 103.

²⁶ *Cfr.* Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, OEA, 1983.

humana²⁷ que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión²⁸ y constituye una violación múltiple por afectar diversos derechos humanos,²⁹ entre los que destacan los derechos a: la vida, libertad personal, integridad personal, debido proceso, recurso efectivo, la personalidad jurídica,³⁰ e incluso, la libertad de expresión.³¹

En sentido paralelo, ésta conducta ha sido considerada como una violación de carácter continuo o permanente,³² razón por la que la Corte IDH ha declarado que aún en aquellos casos en que el delito se cometió antes de que el Estado hubiera ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos o la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Corte tiene competencia para conocer del caso si los actos de la desaparición forzada continúan o permanecen más allá de la fecha de entrada en vigor de los tratados, incluso cuando la persona haya sido muerta pero se desconozca su paradero.³³

Por su parte, también el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas ha resaltado el carácter permanente o continuado de este delito, razón de la que se deriva que la normativa internacional en esta materia deba aplicarse a las desapariciones forzadas que comenzaron a cometerse incluso antes de la entrada en vigor del precepto legal respectivo, sin que se incurra en un atentado al principio de irretroactividad de la ley penal en perjuicio del presunto responsable. Igualmente, afirma que, en estricto rigor jurídico internacional, las desapariciones forzadas que aún no han sido esclarecidas, se siguen cometiendo

²⁷ *Cfr.* Artículo 1ro. de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

²⁸ *Cfr.* Corte IDH, Caso Gómez Palomino *vs.* Perú, Sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C, No. 136, § 92.

²⁹ *Cfr.* Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, artículo 1.2.

³⁰ *Cfr.* Corte IDH, Caso Anzualdo Castro *vs.* Perú, Sentencia del 22 de septiembre de 2009, Serie C, No. 202, § 90, 101.

³¹ *Cfr.* Corte IDH, Caso Suárez Rosero *vs.* Ecuador, Sentencia del 20 de enero de 1999. Serie C, No. 44, § 102.

³² CAT, Observaciones finales del examen al informe presentado por El Salvador, CAT/C/SLV/CO/2, 9 de diciembre de 2009, § 14.

³³ *Cfr.* Corte IDH, Caso Blake *vs.* Guatemala, Sentencia del 2 de julio de 1996. Serie C, No. 27, § 35 y 40; Corte IDH, Caso Radilla Pacheco *vs.* México, Sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C, No. 209, § 24 y 31.

en la actualidad, por lo que se trata de un delito continuado y no de un asunto del pasado.³⁴

Es destacable que cuando se realiza este delito de manera sistemática se actualiza un crimen de lesa humanidad, tal como lo reafirma la CorteIDH, a lo largo de sus sentencias,³⁵ pues supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar los derechos reconocidos en la Convención, lo cual reproduce las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse, considerando que la responsabilidad internacional del Estado se ve agravada cuando la desaparición forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado, por ser un delito contra la humanidad que implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano, por lo que la necesidad de erradicar la impunidad se presenta como un deber de cooperación interestatal, que genera obligaciones *erga omnes* frente a todos los Estados.³⁶

Finalmente, es imperante señalar que, ante la particular gravedad de estos delitos y la naturaleza de los derechos lesionados, la prohibición de la desaparición forzada y el deber de investigar y sancionar han alcanzado el carácter de normas *ius cogens*.³⁷ Respecto de estos deberes el Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación por la insuficiencia de investigaciones y castigos, y la falta de plena reparación y rehabilitación en relación con esos delitos, lamentado la ausencia de búsqueda de personas desaparecidas y recordado que el crimen de la desaparición forzada, debido a su carácter continuo, debe ser investigado en tanto sus efectos se sigan produciendo y perseguido hasta identificar a los responsables de su comisión.³⁸ A efecto de lograr la efectividad de esta garantía, ha resaltado la impor-

³⁴ *Cfr.* Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, misión a El Salvador, A/HRC/7/2/Add.2, 26 de octubre de 2007, § 86.

³⁵ *Cfr.* CorteIDH, Caso Goiburú y otros *vs.* Paraguay, Sentencia del 22 de septiembre de 2006, Serie C, No. 153, § 82; CorteIDH, Caso La Cantuta *vs.* Perú, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162, § 115.

³⁶ *Cfr.* CorteIDH, Caso La Cantuta *vs.* Perú, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162, § 160.

³⁷ *Cfr.* CorteIDH, Caso Goiburú y otros *vs.* Paraguay, Sentencia del 22 de septiembre de 2006, Serie C, No. 153, § 84.

³⁸ *Cfr.* CAT, Observaciones finales del examen al informe presentado por El Salvador, CAT/C/SLV/CO/2, 9 de diciembre de 2009, § 14.

tancia de que estos crímenes sean analizados y resueltos por tribunales del orden común y no por las jurisdicciones militares.³⁹

II. SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

(Pl) Controversia Constitucional 33/2002. Jefe de Gobierno del Distrito Federal. 29 de junio de 2004. Unanimidad de nueve votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Martha Elba Hurtado Ferrer.

1. Antecedentes y hechos

El Jefe de Gobierno del Distrito Federal interpuso esta controversia constitucional en contra de las partes del Decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en que se señalan la reserva y la declaración interpretativa hechas por el gobierno mexicano a este instrumento. Cuyos textos literales se transcriben a continuación.

RESERVA. - - - El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el 9 de junio de 1994, formula reserva expresa al artículo IX toda vez que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la convención, toda vez que conforme al artículo 14 de la Constitución Mexicana nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplen las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

DECLARACIÓN INTERPRETATIVA. - - - Con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de México, al ratificar la Convención Interamericana sobre

³⁹ *Cfr.* Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, misión a Honduras, A/HRC/7/2/Add.1, 26 de octubre de 2007, § 66.

Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la Ciudad de Belém, Brasil, el 9 de junio de 1994, se entenderá que las disposiciones de dicha convención se aplicarán a los hechos que constituyan desaparición forzada de personas, se ordenen, ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente convención.

La interposición de esta controversia constitucional se sustentó, como antecedente, en el hecho de que habían sido reportados más de 700 casos de personas, cuyo paradero no había sido esclarecido, según se desprendía del "informe anual de actividades mayo 1997-mayo 1998, de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, publicado en 1998, en el cual se concluyó: "Existen elementos de convicción para dar por acreditado que la desaparición forzada de las personas mencionadas en el apartado V del presente informe especial fue consumada por quienes abusaron del poder público. La circunstancia de que el aparato del Estado sirvió para crear un clima en que la desaparición forzada se cometió impunemente, y que con posterioridad a la desaparición se haya abstenido de actuar, se comprobó con la suerte de las denuncias que en su momento fueron presentadas e incluso se hicieron públicas y que terminaron en archivos...".

Como segundo antecedente se mencionó que la Suprema Corte de la Nación había emitido una tesis jurisprudencial con el siguiente contenido:

MILITARES EN SERVICIO, DELITOS COMETIDOS POR LOS. COMPETENCIA DEL FUERO MILITAR. Si aparece probado que el procesado tenía carácter militar y se encontraba en servicio el día en que causó la muerte de una persona, lo que también aparece de su declaración, los delitos por los que se le procese son contra la disciplina militar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57, fracción II, inciso a) del Código de Justicia Militar que dice: son delitos contra la disciplina militar los del orden común o federal que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo, y por lo mismo corresponde conocer del proceso que se le sigue al inculcado a las autoridades militares.

2. Consideraciones principales

Respecto de la naturaleza de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, La Corte señala que tanto la Convención de Viena sobre el

Derecho de los Tratados, como la Ley sobre la Celebración de Tratados, coinciden en que los tratados internacionales pueden tener cualquier denominación; consecuentemente, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada mediante el Decreto reclamado, constituye un tratado en términos del artículo 2, fracción I, de la Ley sobre la Celebración de Tratados y que, como tal, sólo podía ser celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público.

La sentencia en estudio, analizó de forma independiente la causa de improcedencia en relación con cada una de las referidas disposiciones generales impugnadas (reserva y declaración interpretativa).

Por cuanto al tema de reserva, la sentencia consideró que se actualizaba la improcedencia de la controversia respecto de aquella, pues resultaba inexacto que la misma condenara a la ineficacia el artículo 168 del Código Penal para el Distrito Federal que sancionaba el delito de la desaparición forzada, ya que el mismo sólo contemplaba como sujeto activo al servidor público del Distrito Federal, por lo que dicha disposición no era aplicable a los miembros de la milicia, al no ser estos servidores públicos del Distrito Federal, afirmando que el ejército se encuentra bajo el Mando Supremo del Presidente de la República, quien lo ejerce por sí o a través del Secretario de la Defensa Nacional.

Sumado a la consideración anterior, agregó que no es la cláusula de reserva a la Convención la que, en todo caso, pudiera impedir al Distrito Federal juzgar y castigar penalmente a los militares que cometan el delito de desaparición forzada de personas, sino la propia Constitución Federal, cuando en su artículo 73, fracción XIV, en relación con los diversos 76, fracción II y III, 89, fracción VI, 90, 119 y 132 de la propia norma fundamental, confiere al Congreso de la Unión la facultad exclusiva y excluyente de reglamentar todo lo concerniente al ámbito militar, por lo que el Distrito Federal y las entidades federativas no pueden dictar ninguna disposición legal que tenga que ver con los miembros del ejército.

En cuanto hace al segundo tema de estudio, relativo a la declaración interpretativa, la Corte al analizar las reglas de interpretación aplicables a la Con-

vencción Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, señaló que de acuerdo con la doctrina, la interpretación del tratado tiene como finalidad determinar la forma en que deberán ser aplicadas las normas jurídicas contenidas en el mismo y aclarar sus ambigüedades; y que si bien ni en la Constitución o en la Ley sobre la Celebración de Tratados existían reglas respecto a la interpretación de los tratados internacionales, lo cierto es que la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, particularmente, en sus artículos 31, 32 y 33, daba luz a la Corte sobre las pautas aplicables.

Posteriormente, afirmó que el principio constitucional de irretroactividad de la ley contenido del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rige tanto para las leyes como para los tratados, pues éstos generan una serie de obligaciones para las partes que en ellos intervienen; y agrega que en materia penal la figura de la retroactividad adquiere suma relevancia e implica que los acontecimientos sucedidos antes de la entrada en vigor de la ley no pueden ser juzgados por ésta en perjuicio de alguien, es decir, que constituye la contundente prohibición para aplicarla a hechos desarrollados por el gobernado cuando no había norma alguna.

Como consecuencia de la prohibición de retroactividad, procedió a analizar la naturaleza jurídica del delito de desaparición forzada tanto desde la perspectiva internacional como desde el derecho interno; Así afirmó que la Convención en estudio imprime a ese delito la naturaleza de "continuado o permanente", mientras no se determine el destino del sujeto pasivo. Por su parte, consideró que conforme al derecho mexicano el delito de desaparición forzada de personas que contempla el artículo II de la Convención impugnada es de naturaleza permanente o continuo, ya que si bien este delito se consuma cuando el sujeto activo priva de la libertad a una o más personas, con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información sobre su paradero, dicha consumación sigue dándose y actualizándose hasta que aparecen los sujetos pasivos o se establece cuál fue su destino.

Con base en la naturaleza de la desaparición forzada, concluyó que puede aplicarse la nueva normatividad sin incurrir en el vicio de retroactividad, a aquellos

hechos constitutivos de delito continuo o permanente cuando, aunque hayan empezado a realizarse antes de que aquella entrara en vigor, se continúen cometiendo, esto es, se prolonguen después de su vigencia, en cuyo caso ésta resultará aplicable; tal es el caso del delito de desaparición forzada de personas que prevé la Convención mencionada, cuya naturaleza es permanente o continua, porque se consuma momento a momento durante todo el tiempo que el sujeto pasivo se encuentre desaparecido.

3. Conclusiones

1. Se sobresee por improcedente la controversia constitucional respecto a la reserva formulada por el Estado Mexicano al artículo IX de la Convención, que impide que los militares que cometan el delito de desaparición forzada de personas sean juzgados por los tribunales ordinarios; debido a que ninguna afectación puede causar al Distrito Federal, pues las disposiciones del Código Penal de la entidad que representa, tratándose de ese delito, no podrían, en ningún caso, ser aplicadas a los militares aun cuando no se hubiera formulado la reserva.
2. Se reconoce la validez de la declaración interpretativa de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, pues la referida "declaración" debe entenderse en el sentido de que la aplicación de la Convención sería retroactiva respecto de desapariciones cuya consumación ya cesó (cuando ya apareció el sujeto pasivo –vivo o muerto–) antes de su vigencia, lo que resulta congruente con el principio de irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna establecido en el artículo 14 constitucional y con la naturaleza del delito permanente o continuo, porque está impidiendo que se aplique a hechos pasados y no a aquellos que se cometen o se siguen cometiendo durante su vigencia.

III. ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD Y CONCLUSIONES

Siguiendo la estructura de la sentencia de la Corte mexicana, el análisis de compatibilidad entre ésta y los estándares internacionales se hará desde dos ángulos

diversos, en primer término se tratará lo referente al tema de la reserva y como segundo punto se estudiará la parte relativa a la declaración interpretativa, para finalizar con las conclusiones.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió sobreseer por improcedente la controversia constitucional por cuanto hace a la reserva formulada por el Estado Mexicano al artículo IX de la Convención, que impide que los militares que cometan el delito de desaparición forzada de personas sean juzgados por los tribunales ordinarios; debido a que ninguna afectación puede causar al Distrito Federal, pues las disposiciones del Código Penal de la entidad que representa, tratándose de ese delito, no podrían, en ningún caso, ser aplicadas a los militares aun cuando no se hubiera formulado la reserva.

Para entender esta conclusión debemos partir de la naturaleza jurídica de las controversias constitucionales, cuyo único objetivo es analizar si la ley o acto jurídico que se impugna invade las facultades constitucionales y/o legales de la autoridad reclamante. Ahora bien, este análisis puede hacerse, como en el caso concreto lo hizo la Corte, exclusivamente bajo la óptica del derecho nacional o, por el contrario, el estudio podría haberse realizado utilizando tanto la normativa interna como los estándares internacionales.

En efecto, el Pleno de la Corte parte de dos premisas básicas para llegar a su conclusión, a saber:

- Que el artículo 168 del Código Penal para el Distrito Federal sólo prevé como sujetos activos del delito de la desaparición forzada, a los servidores públicos del Distrito Federal, entre los que no se encuentran los miembros del ejército.
- Que la Constitución Mexicana confiere al Congreso de la Unión la facultad exclusiva y excluyente de reglamentar todo lo concerniente al ámbito militar, por lo que el Distrito Federal y las entidades federativas no pueden dictar ninguna disposición legal que se relacione con los miembros del ejército.

Como se puede observar, ambas premisas se refieren de manera exclusiva a normas del derecho interno sin hacer referencia alguna a los estándares internacionales; ahora bien si éstas se analizan en su conjunto, podrá advertirse que el sentido intrínseco de la base conclusiva de la Corte es contrario a la normativa internacional en materia de derechos humanos.

En primer término, vale destacar que, si bien el primer párrafo del artículo 168 se refiere expresamente a los servidores públicos del Distrito Federal, lo cierto es, que el segundo párrafo prevé como sujeto activo a los particulares que cometan este delito por orden o con el apoyo o autorización de cualquier servidor público sin restringir el tipo penal a los servidores del D.F.

Ahora bien, conforme a los estándares internacionales descritos en la primera parte de este análisis, toda norma debe ser interpretada conforme a su objeto y fin, mediante los principios *pro personae*, y *effèt utile*. Además debe considerarse que los preceptos legales nacionales e internacionales referentes al delito de desaparición forzada encuentran su razón de ser en la prevención y sanción de conductas que, además de ser consideradas contrarias al derecho de protección de la persona humana, han sido calificadas como graves y bajo algunas situaciones como crímenes de lesa humanidad. Así pues, resulta claro que su objeto es proteger a las víctimas de tales delitos.

Bajo este contexto, si se aplican los principios *pro personae* a favor de la víctima y *effèt utile* cuyo objetivo es que la norma cumpla las funciones para la cual fue creada, se concluye que el segundo párrafo del artículo 168 del Código Penal para el Distrito Federal prevé dos sujetos activos diversos, uno explícito –el particular– y otro implícito –la autoridad o funcionario público–, pues de entender lo contrario, se estaría dejando sin sanción a uno de los sujetos activos principales del delito, lo cual atenta contra el objeto y fin de la norma jurídica que, como se explicó en el párrafo precedente, consiste en prevenir y sancionar toda desaparición forzada.

Si lo anterior es así, el segundo párrafo del artículo citado obliga a las autoridades del Distrito Federal a sancionar tanto a los particulares como a aquellos

militares que, en su calidad de funcionarios públicos, hayan ordenado, apoyado o autorizado una desaparición forzada. Pese a ello, conforme a la segunda premisa utilizada por la Corte, esto sería de ejecución imposible debido al mandato constitucional; sin embargo esta premisa también parte de bases interpretadas de manera contraria a los estándares internacionales.

En efecto, la Corte afirma que los preceptos 73, fracción XIV, en relación con los diversos 76, fracción II y III, 89, fracción VI, 90, 119 y 132 de la Constitución Mexicana confieren al Congreso de la Unión la facultad exclusiva y excluyente de reglamentar todo lo concerniente al ámbito militar, por lo que el Distrito Federal no puede dictar ninguna disposición legal que haga relación a los miembros del ejército; sin embargo todas estas disposiciones constitucionales se refieren a la creación, organización, funcionamiento y atribuciones de las fuerzas armadas, sin que ninguno de ellos aluda a la persecución de delitos cometidos por sus miembros o prohíba la sanción de aquellos cometidos en territorio del Distrito Federal por alguna autoridad.

Por otro lado, resulta extraño que la Corte no haya citado como fundamento de su resolución el artículo 13 de la propia Constitución federal, el cual resulta directamente aplicable por ser éste precepto el que prevé que el fuero de guerra sólo subsiste para los delitos y faltas contra la disciplina militar, lo cual, interpretado *a contrario sensu*, y conforme a los lineamientos internacionales, implica que los militares que cometan el delito de desaparición forzada en contra de persona alguna deberán ser juzgados por tribunales del fuero común, ya que esta conducta no puede ser considerada como una falta o delito en contra de la disciplina militar, pues como se vio con antelación, en estos ilícitos el sujeto pasivo son las víctimas (desaparecidos y sus familiares) y, en algunos casos, la sociedad misma, más no la institución de las fuerzas armadas.

De las consideraciones anteriores podemos concluir que la Constitución Mexicana no prohíbe en ninguna de sus partes que los militares sean juzgados por tribunales del fuero común, salvo en aquellos casos de faltas o delitos en contra de la disciplina militar; y por contraposición encontramos que conforme a los tratados internacionales de los que es parte México y que, por ende, le son de

cumplimiento obligatorio, sí se prohíbe que las personas que cometan el delito de desaparición forzada sean juzgadas por tribunales especiales, como lo es la jurisdicción militar; más aún, tanto los tratados como las interpretaciones de órganos internacionales o interamericanos, prescriben que estos sujetos deber ser sometidos a la jurisdicción común, como, en el caso concreto, es la del Distrito Federal. Así pues, es claro que no existe contradicción alguna entre el derecho nacional y el internacional.

En este orden de ideas, se sigue que las dos premisas usadas por la Corte para concluir que la reserva hecha por el Estado mexicano a la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas no invadía la esfera competencial de las autoridades del Distrito Federal son fruto de una interpretación sesgada y contraria a los estándares internacionales; máxime si se considera que el marco jurídico aplicable ha sido considerado como norma de *ius cogens*, lo cual genera obligaciones *erga omnes*; razón por la cual se concluye que a efecto de determinar la jurisdicción competente para juzgar y sancionar a los responsables del delito de desaparición forzada se debe observar la conducta cometida y no la pertenecía de los sujetos activos del delito a la institución de las fuerzas armadas.

Por tanto, si la Corte hubiera analizado los agravios esgrimidos por el Jefe de Gobierno del D.F. desde la óptica doble del derecho interno a la luz de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, vinculantes para el Estado conforme al artículo 133 constitucional, al principio *pacta sunt servanda* y la máxima que reza que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" contenidos en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que la misma Corte reconoce en otra parte de esta misma sentencia como aplicable, necesariamente habría llegado a la conclusión de que la reserva señalada invadía la esfera competencial del Distrito Federal, al ser ésta la única disposición que le impedía juzgar dentro de su jurisdicción a los militares responsables del delito de desaparición forzada, debiendo haber declarado infundada la causal de improcedencia que utilizó para sobreseer esta parte de la controversia constitucional.

Conforme a este presupuesto, la Corte debió entrar al estudio del fondo de la cuestión planteada para concluir que la reserva en análisis debía declararse inválida en tanto que, por un lado, es contraria a la Constitución, pues este ordenamiento jurídico sólo prevé el fuero de guerra para los delitos en contra de la disciplina militar y no para todo ilícito como lo afirma la reserva; además, utilizando los estándares internacionales de interpretación en materia de derechos humanos, dicha reserva también es violatoria de los tratados internacionales de los cuales es signante México y que establecen la prohibición absoluta de que los autores del delito de desaparición forzada sean procesados por tribunales especiales, como lo es la jurisdicción militar, pues de concluirse en sentido diverso se estaría atentando directamente contra el objeto y fin de dichos instrumentos internacionales, tal como lo concluyó, en fecha reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Rosendo Padilla *vs.* México al analizar justamente esta reserva.

En otro orden de ideas, se procede a analizar las consideraciones y conclusiones de la Corte relativas al tema de la declaración interpretativa realizada por México a la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas.

La Suprema Corte reconoció la validez de esta declaración interpretativa al entender que, conforme al artículo 14 constitucional, la misma debía entenderse en el sentido de que la aplicación de la Convención sólo sería retroactiva respecto de desapariciones cuya consumación hubiese cesado, es decir, que se conociera el paradero de la víctima ya fuera viva o muerta antes de la entrada en vigor de la Convención, y que, por el contrario, no se podría hablar de aplicación retroactiva en aquellos casos donde se desconociera el paradero a la víctima al momento de la entrada en vigencia del instrumento internacional, pues la desaparición forzada tiene la naturaleza de ser un delito continuo o permanente.

Esta conclusión se considera acorde a la normativa internacional que rige la materia, pues como se estableció en la primera parte de este artículo, los tratados y organismos internacionales le reconocen al delito de la desaparición forzada de personas las siguientes características:

- Es un delito grave
- Es un delito continuo o permanente
- Constituye una violación múltiple que coloca a la víctima en estado de absoluta indefensión
- Su elemento distintivo es la negativa de reconocer la privación de libertad o de informar el paradero o suerte de la víctima
- El deber de los Estados de investigar y sancionar estas conductas constituye una norma de *ius cogens* que genera obligaciones *erga omnes*
- Este crimen debe ser juzgado por tribunales del fuero común
- Si se realiza en forma sistémica se actualiza un crimen *lesa humanidad*

Así pues, si la Corte parte del reconocimiento de la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada para concluir que no existe retroactividad alguna en la aplicación de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas respecto de aquellos casos en los que el elemento distintivo del tipo penal en análisis siga actualizándose aun después de que el tratado internacional tenga vigencia en el territorio mexicano, es evidente que el resolutorio de este Alto Tribunal es acorde a las características otorgadas a estas conductas por los tratados y organismos internacionales.

Desde otra perspectiva, el sentido otorgado a la declaración interpretativa por la Corte también está acorde a las normas internacionales en materia de interpretación de derechos humanos, pues además de utilizar el contenido de los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para desentrañar el sentido de la disposición impugnada en su relación con el artículo 14 constitucional, también, aunque no de manera explícita, aplica el principio *pro personae* entendido, en este caso, bajo la vertiente según la cual los preceptos jurídicos que contengan restricciones a los derechos o a las normas procesales deben siempre entenderse de la manera más estricta.

Conforme a los párrafos precedentes, se concluye que si bien la sentencia emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en este caso se ajusta a los estándares internacionales en materia de derechos humanos por cuanto hace a la parte considerativa relativa al tema de la declaración interpretativa reali-

zada por México a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; también es cierto que las premisas utilizadas por este Alto Tribunal para declarar la improcedencia de la controversia constitucional por lo que se refiere a la reserva establecida por el gobierno al citado instrumento fueron planteadas desde una perspectiva netamente nacional que, además de sesgada, ignora las reglas de interpretación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Dicha visión simplista del derecho nacional que excluye el uso de los estándares internacionales propició que el más Alto Tribunal del país encontrara un obstáculo formal que le impidió analizar la legitimidad de la reserva en cuestión, con lo cual desperdició la oportunidad de coadyuvar en el esfuerzo global que se ha generado, sobre todo en los últimos años, por prevenir y sancionar uno de los más graves crímenes contra la humanidad, como lo es la práctica de desaparición forzada.

Esta resolución tuvo como consecuencia que, ante el silencio de la Corte nacional, el tema fuera resuelto de manera subsidiaria por una instancia internacional como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien debió pronunciarse sobre la ilegitimidad de la reserva en estudio, concluyendo que la misma, al ser contraria al objeto y fin del instrumento internacional, resultaba inválida y debía entenderse como no puesta.



*Interpretación de la
normativa internacional*

MARÍA REGINA TRUJANO FLORES*
MARCELO BARTOLINI ESPARZA**

* Licenciada en Filosofía.
** Licenciado en Derecho.

 Con motivo de los estragos que ocasionaron la Primera y Segunda Guerras Mundiales, los autodenominados pueblos de las Naciones Unidas, al terminar la Conferencia sobre Organización Internacional, suscribieron en la ciudad de San Francisco, California, la Carta de las Naciones Unidas con fecha 26 de junio de 1945, resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de las guerras que han infligido a la humanidad sufrimientos indecibles, reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Con tales finalidades, los pueblos de las Naciones Unidas decidieron unir sus esfuerzos para mantener la paz y la seguridad internacional, fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y a la libre determinación de los pueblos, realizar la cooperación en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o

humanitario, en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

A partir de entonces, la creación de foros, órganos supranacionales y organismos específicos, tanto mundiales como regionales, se ha multiplicado de manera exponencial, de la misma manera que la cantidad de documentos internacionales que el Estado mexicano ha suscrito en materia de derechos humanos, para abordar diversas problemáticas que aquejan a los reclusos, asilados, extraditados, migrantes, desaparecidos, torturados, niños y mujeres, entre otros.

Los cuales, a pesar de la buena fe de los Estados Parte que los suscriben, lamentablemente no están exentos de incurrir en aparentes contradicciones, ambigüedades o lagunas, como cualquier otro texto jurídico. De ahí que resulte interesante poderle dedicar algunas cuantas líneas al estudio de la interpretación de la normativa internacional, principalmente para poder distinguir a los organismos que tienen la facultad para hacerlo de modo vinculante, del resto de personas que también pueden hacerlo válidamente en su carácter de autoridad, abogados postulantes, académicos o sociedad civil, pero sin que su apreciación sea obligatoria.

I. EN EL ÁMBITO NACIONAL

De conformidad con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dicha Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión y los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Los tratados internacionales sólo obligan al Estado Parte que lo suscribe, porque de acuerdo con la doctrina de derecho internacional, no todo tratado o documento internacional que suscriba y ratifique un Estado como México, puede ser

aplicado a otro Estado si éste último es ajeno a dicho pacto; es decir aunque para el Estado mexicano dicho tratado o convención es obligatorio, ello sólo ocurre con los Estados Parte de dicho documento y no puede aplicarse a aquellos sujetos de derecho internacional que no formen parte de él. Aplica para los Estados que lo hayan celebrado, por haber dado su consentimiento, el cual sólo surtirá efecto si el tratado lo permite o los Estados celebrantes y las organizaciones celebrantes o, según el caso, las organizaciones suscriptoras convienen en ello, y si se indica claramente a qué disposiciones se refiere el consentimiento, de tal suerte que, un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado o tercera organización sin el consentimiento de ese Estado o de esa organización.¹

Adicionalmente, es menester que se satisfagan dos requisitos formales y uno de fondo, los primeros consisten en que el tratado sea celebrado por el Presidente de la República y que sea aprobado por el Senado, mientras que el requisito de fondo, consiste en la conformidad del tratado o documento internacional con el texto de la propia Ley Fundamental. En relación con los requisitos formales que hablan de la incorporación del derecho internacional al positivo de nuestro país, se describen dos procedimientos: 1. El ordinario, donde la adaptación se hace por medio de normas internas (constitucionales, legislativas, administrativas, etcétera); y 2. El especial, también llamado de remisión, el cual implica que la regla de derecho internacional no se reformula, simplemente los órganos del Estado ordenan su cumplimiento, el cual tiene dos variantes: I. Requisito de orden de ejecución en el caso de tratados y II. El procedimiento automático en tratándose de costumbre internacional. Aparte de que en el caso del derecho internacional convencional debe atenderse también a las disposiciones del propio tratado sobre el particular. Por tanto, en materia de adaptación del derecho internacional al interno, el procedimiento especial es el predominante.²

¹ **TRATADOS INTERNACIONALES. SÓLO OBLIGAN AL ESTADO QUE LO SUSCRIBE.** DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 361/2004. Jacobo Xacur Eljure. 27 de octubre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo viuda de Magaña Cárdenas. Secretario: Fidel Quiñónez Rodríguez.

² **TRATADOS INTERNACIONALES. INCORPORADOS AL DERECHO NACIONAL. SU ANÁLISIS DE INCONSTITUCIONALIDAD COMPRENDE EL DE LA NORMA INTERNA.** TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 398/2006. José Martín Roiz Rodríguez. 24 de mayo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: María Estela España García.

Y aun cuando generalmente los compromisos internacionales se pactan a través de instrumentos en la modalidad de tratados, debe tomarse en cuenta que conforme al artículo 2, apartado 1, inciso a), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la que es parte el Estado mexicano, por "tratado" se entiende el acuerdo celebrado por escrito entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en varios conexos, cualquiera que sea su denominación particular, de lo que resulta que la noción de tratado es puramente formal siempre que su contenido sea acorde con su objeto y finalidad, pues desde el punto de vista de su carácter obligatorio los compromisos internacionales pueden denominarse tratados, convenciones, declaraciones, acuerdos, protocolos o cambio de notas, además de que no hay consenso para fijar las reglas generales a que deben sujetarse las diferentes formas que revisten tales compromisos internacionales, los que, en consecuencia, pueden consignarse en diversas modalidades. Situación que se sustenta, además, en el artículo 2o., fracción I, párrafo primero, de la Ley sobre la Celebración de Tratados, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero de 1992.³

Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal, por el hecho de que las leyes deben

³ TRATADOS INTERNACIONALES ADMITEN DIVERSAS DENOMINACIONES, INDEPENDIENTEMENTE DE SU CONTENIDO.

Amparo en revisión 348/2001. Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa. 14 de febrero de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretarios: Sofía Verónica Ávalos Díaz y César de Jesús Molina Suárez.

Amparo directo 1/2001. Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa. 28 de febrero de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretarios: Sofía Verónica Ávalos Díaz y César de Jesús Molina Suárez.

Amparo en revisión 384/2001. Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa. 28 de febrero de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretarios: Sofía Verónica Ávalos Díaz y César de Jesús Molina Suárez.

Amparo en revisión 390/2001. Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa. 28 de febrero de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretarios: Sofía Verónica Ávalos Díaz y César de Jesús Molina Suárez.

Amparo en revisión 237/2002. S.C. Johnson and Son, Inc. y S.C. Johnson and Son, S.A. de C.V., antes Ceras Johnson, S.A. de C.V. 2 de abril de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Maura Angélica Sanabria Martínez.

Tesis de jurisprudencia 10/2007. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del treinta y uno de enero de dos mil siete.

emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema, derivado de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al Presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el Presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas.⁴

Pueden ser invocados en el juicio de amparo al analizar las violaciones a las garantías individuales que impliquen la de los tratados internacionales, en vista de que si en el amparo es posible conocer de actos o leyes violatorios de garantías individuales establecidas constitucionalmente, también pueden analizarse los actos y leyes contrarios a los tratados internacionales suscritos por México, por formar parte de la Ley Suprema de toda la Unión en el nivel que los ubicó la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por lo tanto, pueden ser invocados al resolver sobre

⁴ TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."

la violación de garantías individuales que involucren la de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano.⁵

Y en el ámbito nacional son muchas las autoridades y organismos los que en el desarrollo de sus actividades cotidianas pueden válidamente realizar una interpretación sobre el contenido, sentido, alcance y aplicación de uno o más tratados internacionales, como se puede apreciar con relativa frecuencia en las declaraciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y sus pares en las entidades de la República, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, el Instituto Mexicano de la Juventud, el Instituto Nacional de las Mujeres, el Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores, el Instituto Nacional de Migración, etcétera.

Sin embargo, con fundamento en los artículos 104, fracción I y 105, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por regla general corresponde al Poder Judicial de la Federación conocer de todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, así como de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general, como podría ser un tratado internacional, y la Constitución Federal.

De modo que las demás autoridades u organismos domésticos pueden hacer válidamente interpretaciones de los documentos internacionales, dentro de la esfera de sus atribuciones, pero sin perder de vista que en nuestro país, es facultad del Poder Judicial realizar la interpretación última y definitiva de los referidos tratados o documentos internacionales, para determinar su cumplimiento, aplicación y posible contradicción con la Carta Magna.

⁵ **DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS. SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.**

Amparo directo 344/2008. Jesús Alejandro Gutiérrez Olvera. 10 de julio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz.

Afirmación que también encuentra sustento en la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 28 de enero de 1992, por virtud de la cual se adicionó el apartado B del artículo 102, para elevar a la Comisión Nacional de Derechos Humanos a rango constitucional y bajo la naturaleza jurídica de un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, para conocer de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, y formular recomendaciones públicas no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas; y en la reforma que adicionó el inciso g), a la fracción II del artículo 105 constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 14 de septiembre de 2006, que otorga a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos la facultad para ejercitar la acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución.

Haciendo notar que dicha interpretación ha de llevarse a cabo respetando las reglas de interpretación contenidas en la Parte III de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* con fecha 14 de febrero de 1975, que en su artículo 31 previene que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin, que comprende, además del texto, el preámbulo y sus anexos; todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de su celebración, y aceptado por las demás como instrumento referente al mismo. Y tomando en cuenta todo acuerdo ulterior acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones, por la cual conste el acuerdo de las partes sobre toda forma pertinente de derecho internacional aplicable y dando a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Pudiendo acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar su sentido o para determinararlo cuando la interpretación dada sea ambigua, oscura o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Y observando preferentemente el principio *pro homine*, que consiste en un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, que se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁶

II. EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

En el marco internacional en materia de derechos humanos, México forma parte de dos sistemas: el Sistema de las Naciones Unidas de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que se describen a continuación de manera sucinta para poder ubicar a los organismos que los integran, entender a grandes rasgos sus funciones y conocer el grado de vinculación que pueden llegar a tener las interpretaciones de los tratados internacionales.

1. El Sistema de las Naciones Unidas de Derechos Humanos

La Organización de las Naciones Unidas para la consecución de sus finalidades ha generado una compleja estructura de sistemas y organismos que encabeza una Asamblea General, que es el principal órgano deliberativo y de formulación de políticas, que se integra por ciento noventa y dos Estados Parte o miembros, y se apoya en una serie de órganos subsidiarios denominados Comisiones, Consejos, Comités, Juntas, Grupos de Trabajo, Programas, Fondos, etcétera.

⁶ **PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.** CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 202/2004. Javier Jiménez Sánchez. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Sandra Ibarra Valdez.

PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 799/2003. Ismael González Sánchez y otros. 21 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Mariza Arellano Pompa.

Entre ellos se encuentra el Sistema de las Naciones Unidas para la Promoción de los Derechos Humanos, que se compone básicamente de dos tipos de organismos, los creados inicialmente a través de la Carta de las Naciones Unidas y los que se han ido creando con posterioridad, mediante la suscripción de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, que se denominan órganos de tratados o Comités.

La Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Asuntos Sociales, Humanitarios y Culturales), atiende exclusivamente cuestiones sociales y humanitarias, con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, para obtener niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, sanitario y de otros problemas conexos; la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

El Consejo Económico y Social se integra por cincuenta y cuatro Estados Parte, que son elegidos por la Asamblea General, y en términos del artículo 62 de la Carta de las Naciones Unidas, puede hacer o iniciar estudios e informes con respecto a asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario y otros asuntos conexos, y hacer recomendaciones sobre tales asuntos a la Asamblea General, a los Miembros de las Naciones Unidas y a los organismos especializados interesados; hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades; formular proyectos de convención con respecto a cuestiones de su competencia para someterlos a la Asamblea General; y convocar las conferencias internacionales sobre asuntos de su competencia.

El Consejo de Derechos Humanos es un órgano intergubernamental que se reúne en Ginebra, Suiza y está compuesto por cuarenta y siete Estados Parte. Fue creado

por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de marzo de 2006, para remplazar a la Comisión de Derechos Humanos y a la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos en todas sus funciones, responsabilidades, mecanismos y mandatos, con el objetivo principal de considerar las situaciones de violaciones de los derechos humanos y hacer recomendaciones al respecto.

Los Procedimientos Especiales se refieren de manera general a los mecanismos establecidos por la Comisión de Derechos Humanos y asumidos por el Consejo de Derechos Humanos por medio de la Resolución 5/1⁷ para abordar bien sea situaciones específicas en los países o cuestiones temáticas en todo el mundo. Los Procedimientos Especiales pueden estar compuestos de un individuo (un relator o representante especial), o de un grupo de trabajo.

Los mandatos de los Procedimientos Especiales por lo general se encomiendan a sus titulares para examinar, supervisar, asesorar e informar públicamente acerca de situaciones de derechos humanos en países o territorios específicos, conocidos como mandatos por país, o sobre los principales casos de violaciones de derechos humanos en todo el mundo, denominados mandatos temáticos. Hay actualmente treinta mandatos temáticos y ocho mandatos sobre países específicos.⁸ Todos informan al Consejo de Derechos Humanos sobre sus conclusiones y recomendaciones.

La función de los órganos de tratados o comités es la de examinar la aplicación de los tratados dentro del ordenamiento jurídico interno de los Estados Parte. Al ratificar un tratado, el Estado Parte contrae la obligación jurídica de presentar informes periódicos puntuales y completos sobre las medidas legislativas, judiciales y administrativas que han adoptado de conformidad con las disposiciones que él contiene. Estos informes son examinados por el comité cuya función, además

⁷ La resolución 5/1 es llamada *Construcción Institucional del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, en ella se incluyeron disposiciones sobre los Procedimientos Especiales, actuando en cumplimiento del mandato que le confirió la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 60/251 de fecha 15 de marzo de 2006.

⁸ *Cfr.* Información obtenida de la página electrónica de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, con fecha 14 de septiembre de 2010, <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>

de la supervisión, es la de formular propuestas y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos suministrados por los Estados Parte. Las recomendaciones generales formuladas por los comités tienen un alcance y unos efectos limitados, estas recomendaciones, al igual que toda propuesta hecha por ellos, no tienen fuerza de obligar.⁹

Al día de hoy existen ocho comités, que persiguen los siguientes objetivos.

- 1) El Comité de Derechos Humanos (CCPR, por sus siglas en inglés), es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus Protocolos Facultativos;
- 2) El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés), es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- 3) El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés), es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- 4) El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo;
- 5) El Comité contra la Tortura (CAT, por sus siglas en inglés), es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención

⁹ *Cfr.* Información General sobre Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de la página de la Oficina del Alta Comisionado para los Derechos Humanos. Recuperado el 20 de julio del 2010. <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cedaw/index.htm>

- contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y sus Protocolos Facultativos;
- 6) El Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés), es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos;
 - 7) El Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares (CMW, por sus siglas en inglés), es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y
 - 8) Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD, por sus siglas en inglés), supervisa la aplicación de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.

Existen además, otros importantes organismos que se ocupan de la promoción y la protección de los derechos humanos dentro del Sistema de las Naciones Unidas, que son la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH), y la Corte Internacional de Justicia (CIJ), a parte de un conjunto de entidades que también interactúan en materia de derechos humanos, como la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA), la División Interinstitucional de Desplazamientos Internos, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Educativa, Científica y Cultural de las Naciones Unidas (UNESCO), el Programa Conjunto de la Naciones Unidas sobre HIV/AIDS (UNAIDS), el Comité Permanente entre Organismos (IASC), el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (DESA), la Comisión de la Condición de la Mujer (CSW), la Oficina de la Asesora Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer (OSAGI), la División para el Adelanto de la Mujer (DAW), el Fondo de la Población de Naciones Unidas (UNFPA), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Fondo de Desarrollo de Naciones Unidas para las Mujeres (UNIFEM), el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Organización de

Alimento y de Agricultura de los Naciones Unidas (FAO), el Programa Humano de los Establecimientos de Naciones Unidas (HABITAT), la Acción de las Naciones Unidas contra Minas y la recientemente creada ONU para la Mujer.

El puesto de Alto Comisionado para los Derechos Humanos se creó el 20 de diciembre de 1993, mediante resolución 48/141 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y originalmente se concibió como una persona de intachable reputación moral e integridad que tuviera la experiencia, incluso en la esfera de los derechos humanos, y el conocimiento general y la comprensión de diversas culturas necesarios para el desempeño imparcial, objetivo, no selectivo y eficaz de las funciones conferidas, a quien designa el Secretario General de las Naciones Unidas, se le otorga la categoría de Secretario General Adjunto y tiene su sede en Ginebra Suiza con una oficina de enlace en Nueva York, Estados Unidos de América.

Debe desempeñar su cometido en el marco de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, otros instrumentos internacionales de derechos humanos y el derecho internacional, respetando la soberanía, integridad territorial y la jurisdicción interna de los Estados y promoviendo el respeto y observancia de todos los derechos humanos, guiado por el reconocimiento de la importancia de las particularidades nacionales y regionales, y de las diversas tradiciones históricas, culturales y religiosas.

Dentro de sus funciones se encuentra desempeñar las tareas que le asignen los órganos competentes del Sistema de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos y formularles recomendaciones con miras a mejorar la promoción y la protección de todos los derechos humanos; proporcionar servicios de asesoramiento y asistencia técnica y financiera, a petición del Estado interesado y, cuando proceda, de las organizaciones regionales de derechos humanos; y entablar un diálogo con todos los gobiernos en ejercicio de su mandato con la finalidad de asegurar el respeto de los mencionados derechos humanos.

Por acuerdo de fecha 1o. de julio de 2002, celebrado entre el Alto Comisionado para los Derechos Humanos y el entonces Secretario de Relaciones Exteriores, estableció una oficina en México, que se aprobó mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de febrero de 2003.

Y posteriormente, con fecha 5 de junio de 2006, celebró un Acuerdo Marco de Colaboración con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el objeto de coordinar esfuerzos, fortalecer las relaciones de cooperación y profundizar en el conocimiento del derecho y la difusión de la cultura jurídica en materia de protección y defensa de los derechos humanos, que le permite entre otras cosas, brindar asesoría a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los proyectos de sentencias que tengan relación con materias atinentes a los compromisos internacionales de México sobre derechos humanos.

Por otra parte, la Corte Internacional de Justicia es el principal órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas, se creó en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, tiene su sede en La Haya, Holanda, se integra por quince Magistrados elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, y funciona conforme a su propio Estatuto, que está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes.

Todos los Estados miembros de las Naciones Unidas son *ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y pueden declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: (i) la interpretación de un tratado; (ii) cualquier cuestión de derecho internacional; (iii) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional, y (iv) la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.¹⁰ En el entendido que, la citada declaración puede hacerse incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados, o por determinado tiempo

¹⁰ *Cfr.* Artículo 36, apartado 2, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

y que son remitidas para su depósito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmite copias de ellas a las partes del referido Estatuto y al Secretario de la Corte.

Solamente los Estados pueden ser partes en casos ante la Corte y se comprometen a cumplir sus decisiones en todos los litigios en que intervengan. La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido. Su inobservancia faculta a la parte contraria para recurrir al Consejo de Seguridad, el cual puede, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.

Cuando en un caso que se litigue ante la Corte se discuta la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional pública, o de una convención internacional concertada en virtud del mismo, el Secretario lo comunica a la respectiva organización internacional pública y le envía copias de todo el expediente.

Adicionalmente, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad pueden solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una Opinión Consultiva sobre cualquier cuestión jurídica. Lo que también pueden hacer los otros órganos y organismos especializados, previa autorización de la Asamblea General, para despejar cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades.

2. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se inició formalmente con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948, en la que se constituyó la Organización de los Estados Americanos (OEA), a través de la adopción de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

En 1959, dando respuesta a las necesidades de la Carta de la OEA y en el marco de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de 1959, se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que inició sus

funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió a sus primeros miembros.

En la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de San José, Costa Rica de 1969, se acordó por los Estados parte la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ésta entró en vigor el 18 de julio de 1978, fortaleciendo el sistema y dando más efectividad a la Comisión y, en general, a los mecanismos interamericanos de promoción y protección de estos derechos, que hasta ese momento se sustentaban en instrumentos de naturaleza declarativa. Los Estados ratificantes se comprometieron a respetar y dar garantías para que sean respetados los derechos humanos dentro de su territorio o jurisdicción.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos creó además la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y definió las atribuciones y los procedimientos de la Corte y de la Comisión. A esta última se le ampliaron sus funciones y facultades principalmente para examinar las peticiones individuales y formular recomendaciones específicas a los Estados Parte, en el marco de dichas peticiones. Así, la estructura del Sistema Interamericano consta de dos vertientes para garantizar la protección de los derechos humanos: la primera para los Estados que no han ratificado la Convención Americana ni aceptado la competencia de la Corte Interamericana, en los cuales, la Comisión Interamericana es el único órgano competente para determinar violaciones a los derechos humanos contenidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y la segunda para los Estados que sí la han ratificado y aceptado la competencia de la Corte, en los cuales la capacidad de acción de ambos mejora la posibilidad para determinar violaciones a la Convención.

Actualmente, el Sistema Interamericano, en general, está conformado por seis organismos íntimamente correlacionados: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), el Instituto Interamericano del Niño (IIN), el Instituto Indigenista Interamericano (III), y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).

La Comisión es un órgano principal y autónomo de la OEA. Está integrada por siete miembros independientes, elegidos a título personal por la Asamblea General y no representan a ningún país en particular. Tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y algunas de sus competencias son: consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos; formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos; preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; solicitar que los gobiernos de los Estados le proporcionen informes sobre la medidas que adopten en materia de derechos humanos; atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización, le formule cualquier Estado miembro sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos en ese Estado y, dentro de sus posibilidades, prestar el asesoramiento que le soliciten, y practicar observaciones *in loco* en un Estado, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo.¹¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹² Es un tribunal regional que resuelve casos de violaciones a los derechos humanos cometidas por los Estados que forman parte de OEA y que hayan ratificado la Convención.

La Corte ejerce una función jurisdiccional y otra consultiva. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención que facultan a la Corte para determinar si un Estado ha incurrido en responsabilidad

¹¹ Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Aprobado mediante la resolución N° 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

¹² *Cfr.* Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aprobado mediante resolución No. 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

internacional por haber violado alguno de los derechos humanos consagrados en la Convención; y su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención donde se establece que los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.

Tanto la Comisión como la Corte actúan de acuerdo con las facultades otorgadas por distintos tratados internacionales ratificados por los Estados Parte, como lo ha hecho el Estado mexicano con los siguientes instrumentos internacionales.

- a) Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer. Bogotá, Colombia, 30 de abril de 1948;
- b) Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer. Bogotá, Colombia, 2 de mayo de 1948;
- c) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 2 de mayo de 1948;
- d) Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto De San José de Costa Rica". San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969;
- e) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores. La Paz, Bolivia, 24 de mayo de 1984;
- f) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Cartagena de Indias, Colombia, 9 de diciembre de 1985;
- g) Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador". San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988;
- h) Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989;
- i) Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Asunción, Paraguay, 6 de agosto de 1990;
- j) Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. México, D. F., 18 de marzo de 1994;

- k) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Belém, Brasil, 4 de junio de 1994;
- l) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará". Belém do Pará, Brasil, 9 de junio de 1994; y,
- m) Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Guatemala, 7 de junio de 1999.

La Comisión Interamericana de Mujeres es el principal foro generador de políticas hemisféricas para la promoción de los derechos de la mujer y la igualdad de género. Es un organismo especializado establecido en 1928 durante la Sexta Conferencia Internacional Americana. Su objetivo es promover y proteger los derechos de la mujer y apoyar a los Estados parte en sus esfuerzos para asegurar el pleno acceso a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Sus funciones son: proponer a los gobiernos soluciones para la realización de lo pactado en los Tratados Interamericanos; actuar como organismo consultivo de la Organización y de sus órganos; informar a la Asamblea General acerca de la condición de la mujer en América, el progreso realizado en este campo; y promover la adopción o adecuación de medidas de carácter legislativo necesarias para eliminar toda forma de discriminación contra la mujer.

El Instituto Interamericano del Niño es el organismo de la OEA encargado del desarrollo y la promoción de actividades que contribuyan a mejorar la calidad de vida y a la protección de los niños y adolescentes. Se estableció en 1927, cuando se fundó el Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia. En 1949 se incorporó como Organismo Especializado Interamericano y en el 2005 fue nombrado con su denominación actual. Algunas de sus funciones son promover acciones orientadas a proteger el interés superior del niño, la niña y el adolescente; y ayudar a los Estados Parte en sus esfuerzos por disponer de Sistemas Nacionales de Protección adecuados para la promoción y defensa de los derechos de la niñez, la adolescencia y la familia.¹³

¹³ Cfr. Estatuto del Instituto Interamericano del Niño. Aprobado por el Consejo Directivo del IIN durante su 79ª Reunión Ordinaria, celebrada los días 25 y 26 de octubre de 2004 en México, D.F.

El Instituto Indigenista Interamericano es un órgano especializado de la OEA que tiene como objeto la promoción de trabajos de investigación y capacitación de las personas dedicadas al desarrollo de las comunidades indígenas por medio de la coordinación de las políticas indigenistas que son llevadas a cabo por los Estados parte. Fue creado en 1940 por la Convención Internacional de Pátzcuaro, Michoacán y tiene su sede en la Ciudad de México, Distrito Federal.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos es un centro con finalidades académicas para la enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos, cuya misión es fortalecer el respeto a los principios de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

III. LIBRE DETERMINACIÓN Y SOBERANÍA DE LOS ESTADOS PARTE

Otro aspecto relevante para una adecuada interpretación de la normativa internacional que el Estado mexicano ha suscrito, consiste en tener presente el principio de libre determinación y soberanía de los Estados Parte, que se reconoce en el artículo 2o. de la Carta de las Naciones Unidas, al establecer que ninguna disposición de ese instrumento autoriza a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obliga a los miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la indicada Carta.

Que coincide con lo dispuesto en el artículo 1o. de la Carta de la Organización de los Estados Americanos al señalar que dicha organización no tiene más facultades que aquellas que expresamente le confiere la referida Carta, ninguna de cuyas disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados miembros.

Aclarando más adelante, en su artículo 13, que la existencia política del Estado es independiente de su reconocimiento por los demás Estados. Aún antes de ser reconocido, el Estado tiene el derecho de defender su integridad e independencia, proveer a su conservación y prosperidad y, por consiguiente, de organizarse como

mejor lo entendiere, legislar sobre sus intereses, administrar sus servicios y determinar la jurisdicción y competencia de sus tribunales, sin más límites que el ejercicio de los derechos de otros Estados conforme al derecho internacional; y en su artículo 17, que cada Estado tiene el derecho a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica.

Que se repite en la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, Resolución 1514 (XV), 14 de Diciembre de 1960, al declarar en su punto 2 que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural; y en su punto 7, que todos los Estados deberán observar fiel y estrictamente las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la citada Declaración sobre la base de la igualdad, de la no intervención en los asuntos internos de los demás Estados y del respeto de los derechos soberanos de todos los pueblos y de su integridad territorial.

Y se reitera en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al disponer en el artículo 1o. que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

Que encuentra eco en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al mencionar en su artículo 1o. que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen, asimismo, a su desarrollo económico, social y cultural.

Y en la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, que en su artículo 2o. asienta que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Que en la mayoría de los casos brindan la oportunidad a los Estados Parte para que puedan adoptar libremente las medidas que consideren apropiadas y oportunas

para el cumplimiento de las obligaciones que asumen en los tratados internacionales, debido a que la naturaleza del derecho es finalista y su armonización e implementación en el ámbito doméstico corresponde al Estado Parte de que se trate.

Así, por ejemplo, el artículo 1o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reza que cada uno de los Estados 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. Pero sin llegar al extremo de obligar a dichos Estados a que sigan todos los mismos métodos y con los mismas rutas críticas o cronogramas, como si fuera una ley física de validez universal, entre otras razones, porque se deben de ponderar y respetar las raíces históricas, cultura, idiosincracia, composición y libre autodeterminación de los pueblos, para que puedan lograr el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales, que es lo que en el fondo preocupa a los invocados sistemas internacionales de derechos humanos.

Otra muestra similar la podemos encontrar en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 2 establece que cada Estado parte se compromete a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de ese pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el pacto aludido y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. Con lo que se confirma que la inquietud de los sistemas internacionales de derechos humanos tiene que ver más con los resultados esperados y la necesidad de atenuar problemáticas sociales existentes, que en un propósito de restar soberanía a los Estados parte o atentar contra su libertad para determinarse.

Los tratados internacionales por lo general, no estipulan cuales deben ser los medios concretos que deben de emplear los Estados parte. Cada tratado hace un planteamiento amplio y flexible que le confiere a cada Estado la capacidad de interpretación para especificar, según su jurisdicción interna, el medio concreto por el

que dará efectividad a cada derecho. Es a través de esta capacidad de autoderminación donde se expresa la soberanía y la libre determinación de cada Estado.

Sin embargo, las medidas empleadas deben de ser apropiadas en cuanto a que produzcan resultados eficientes para el pleno cumplimiento de las obligaciones asumidas. El compromiso de utilizar al máximo los recursos de los que se disponga incluye el dictaminar disposiciones legislativas, económicas, administrativas, técnicas o de otro carácter para proporcionar a las personas los recursos adecuados para que puedan acceder y hacer efectivos sus derechos.

Si bien es responsabilidad de cada Estado establecer los medios más adecuados, no siempre esta elección es sencilla ni evidente. En estos casos, los Estados Parte cuentan con el asesoramiento de los organismos internacionales especializados en materia de derechos humanos, quienes pueden poner a su consideración sugerencias y recomendaciones que ayuden a los Estados en la consecución de sus compromisos internacionales.

IV. CONCLUSIÓN

Existe una cierta identidad en la interpretación que puede hacerse de la normativa internacional en materia de derechos humanos, ya sea hacia el interior o hacia el exterior del Estado mexicano, puesto que existen una serie de autoridades y personas que pueden hacerlo válidamente en el desempeño de sus actividades ordinarias. Sin embargo, su carácter vinculatorio se encuentra en los tratados internacionales debidamente suscritos y ratificados por el Estado mexicano y en los fallos de los órganos judiciales que se encuentran facultados por virtud de los documentos que los constituyen, que en el ámbito nacional corresponde al Poder Judicial y en el internacional a la Corte Internacional de Justicia, tratándose del Sistema de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando sea de la competencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Por otro lado, las sugerencias, recomendaciones y asesorías emitidas por los organismos especializados en materia de derechos humanos, dentro de la esfera de

sus atribuciones, se estima que pueden ser de bastante ayuda para que los Estados parte puedan cumplir con los compromisos asumidos en los tratados internacionales, en la medida en que su interpretación no vaya más allá de los compromisos efectivamente contraídos y se respeten los principios de libre determinación y soberanía de los pueblos que integran los multicitados sistemas internacionales.

Y para efectos de los fallos que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el ejercicio de sus funciones, dichas sugerencias, recomendaciones y asesorías pronunciadas por los organismos especializados en derechos humanos, procesalmente hablando en principio se tendrían como aportaciones de *Amicus Curiae*, que se debieran valorar a la luz de la Carta Magna y del contenido obligacional de los tratados internacionales que el Estado mexicano ha suscrito y ratificado, pero sin que se puedan considerar vinculantes por sí mismas.

A stylized white letter 'D' is centered within a square graphic. The square is divided into four quadrants by a white cross. The top-right and bottom-left quadrants are a dark teal color, while the top-left and bottom-right quadrants are a lighter teal color.

Derecho al mínimo existencial o vital, particularmente en relación con la proporcionalidad de los tributos

JUAN CARLOS ROA JACOBO*

* Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor de las materias "Derecho Fiscal I" y "Derecho Fiscal II" del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México. Quiero agradecer la colaboración de José Antonio Guerra Caparrós para la elaboración de este trabajo.

En el presente documento se analiza el denominado derecho al mínimo existencial o vital, el cual ha sido reconocido en la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un parámetro constitucional en torno a las normas que rigen la materia tributaria. Asimismo, se desarrollará el marco teórico aportado por algunos instrumentos de carácter internacional en cuanto al concepto aludido, así como la forma en que éste ha sido empleado en precedentes resueltos por la Corte; para finalmente observar la compleja adecuación de los estándares internacionales a las sentencias emitidas por el Alto Tribunal.

I. INTRODUCCIÓN

Como una cuestión de orden, debo comenzar por señalar que el derecho al mínimo vital ha sido abordado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), desde la óptica del derecho tributario, es decir, atendiendo al límite que el legislador fiscal debería respetar, a fin de que la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos no se materialice en relación con las personas que no exhiban capacidad económica suficiente para tal fin.

En efecto, doctrinalmente, se ha señalado que el mínimo vital –o mínimo exento, dependiendo de la posición bajo la cual pudiera conceptualizarse– constituye "el requerimiento constitucional de justicia tributaria que, ante la ausencia de riqueza o ante su presencia de forma insuficiente, impide el ejercicio del poder tributario por carecer éste del elemento básico que le sirve de fundamento y correlativamente, exime legítimamente del deber de contribuir a los titulares de aquella riqueza",¹ y es en relación con estas ideas que la SCJN ha tenido oportunidad de pronunciarse, al resolver expedientes correspondientes a amparos en revisión, en los que se reclamaba que cierto concepto o cierto umbral de ingresos no deberían estar gravados.

Lo anterior encuentra explicación en el hecho de que la SCJN admite un alto número de recursos de revisión (tanto en amparos indirectos como en los directos) propios de la materia tributaria, en relación con la cual es válido afirmar que constituye uno de los temas principales sometidos a consideración de los Ministros integrantes de la Corte.²

Adicionalmente, realizo tal aclaración, porque esto pondrá de manifiesto que el análisis que pueda efectuarse sobre el pronunciamiento de la Corte en materia del derecho al mínimo vital, no encuadra fácilmente en el método que se propone, consistente en confrontar la resolución respectiva con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, en tanto que los instrumentos internacionales no recogen el derecho a un mínimo existencial desde el ámbito de la obligación de contribuir, sino en el de los medios que el Estado debe proporcionar para que las personas tengan garantizada su subsistencia.

¹ Cencerredo Millán, Emilio, *El mínimo exento en el sistema tributario español*, Marcial Pons, 1a. ed., Madrid, España, 1999, página 63.

² Sobre este aspecto, resulta ilustrativo acudir a las cifras reveladas por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, Presidente de la Primera Sala de la Corte en el bienio 2006-2007, en los informes de labores de dicha Sala:

a. En el informe de 2006, el Ministro Cossío precisó que el 85% de los pronunciamientos de la Sala tienen que ver con reclamos vinculados a los artículos 14, 16 y 31, fracción IV (en el que se contienen las garantías individuales de la materia tributaria), de la Constitución, destacando un 55% para el último numeral mencionado;

b. Por su parte, en el informe de 2007, el Ministro Cossío señaló que los reclamos relacionados con los artículos constitucionales mencionados ascendió al 51%, efectuándose planteamientos sobre constitucionalidad de leyes tributarias en el 54.5% de los asuntos resueltos por la Sala.

Asimismo, debe observarse que los compromisos internacionales que sobre la materia puedan encontrarse, tampoco se refieren abiertamente a cuestiones tributarias vinculadas con un "derecho al mínimo vital" en este sentido, como acontecería si señalaran un límite material o conceptual en relación con el cual estaría vedada la intromisión del poder impositivo del Estado.

Desde luego, existe una relación entre estos dos aspectos, pues el nivel de subsistencia de una persona depende de los recursos disponibles con los que cuente y, para determinar éstos, la cuantificación de la obligación tributaria tiene una trascendencia mayúscula. No obstante, dicha relación no es de tal manera relevante como para asumir que el Estado mexicano cumpliría con los estándares internacionales —o que la SCJN habría sometido a juicio tal circunstancia de manera adecuada— en la medida en la que cuide que no tributen quienes no exhiben capacidad suficiente para ello, pues los compromisos correspondientes abarcan, adicionalmente, deberes positivos que van más allá del ámbito fiscal y de la "capacidad de refreno" que exhibiera el sujeto activo de la potestad tributaria.

Una vez hecha tal aclaración, a continuación realizaré una breve descripción de los estándares internacionales en relación con los cuales podrían analizarse —bajo el contexto descrito con anterioridad— las resoluciones de la Corte en materia del derecho al mínimo vital.

I. ESTÁNDARES INTERNACIONALES COMO MARCO TEÓRICO APLICABLE AL DERECHO AL MÍNIMO VITAL

En diversos instrumentos de carácter internacional, el derecho al mínimo vital se refleja en la proyección que debe tener el Estado para garantizar que el ciudadano pueda allegarse de los elementos necesarios para tener una calidad de vida digna y decorosa.

Así, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,³ por ejemplo, se establece lo siguiente:

³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948. <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos1.htm>, fecha de consulta: 5 de agosto de 2010.

Artículo XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

Artículo XXIII. Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.

Asimismo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁴ se prevé el derecho que posee todo individuo al disfrute de sus posesiones, de la siguiente manera:

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

Por otro lado, en las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁵ se observan pautas conforme a las cuales deben actuar los Estados que son parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Cabe señalar que dichas directrices, a su vez, surgen de los Principios de Limburgo sobre la aplicación del aludido pacto internacional, los cuales fueron emitidos en 1987, y que comprendían a los derechos económicos, sociales y culturales como parte integral del derecho internacional de derechos humanos.

⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>, fecha de consulta: 5 de agosto de 2010.

⁵ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997. http://www1.umn.edu/humanrts/instree/SMaastrichtguidelines_.html, fecha de consulta 9 de agosto de 2010.

Así, las directrices que surgieron de la reunión celebrada en Maastricht en enero de 1997, la cual contó con un grupo de expertos invitados por la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra, Suiza), el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan (Cincinnati, Ohio, Estados Unidos de América), y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht (Países Bajos), tuvieron el objeto de ampliar el entendimiento de los Principios de Limburgo.

En dicha ocasión, se aprobó un determinado número de pautas que reflejarían "la evolución del derecho internacional a partir del año 1986", y cuyo fin consistiría en "ser de utilidad para todos los que se dedican a conocer e identificar las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y ofrecer recursos a las mismas, y en particular, aquellas entidades encargadas de la vigilancia y administración de justicia a los niveles nacional, regional e internacional".

En esa línea, dicho cuerpo internacional establece lo siguiente:

II. El significado de los derechos económicos, sociales y culturales.

Las obligaciones de respetar, proteger y cumplir.

6. Al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales imponen sobre los Estados tres tipos de obligaciones distintas: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. El incumplimiento de cualquiera de estas tres obligaciones constituye una violación a dichos derechos. La obligación de respetar requiere que el Estado se abstenga de obstaculizar el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, el derecho a la vivienda se infringe si el Estado lleva a cabo expulsiones forzosas arbitrarias. La obligación de proteger exige al Estado prevenir violaciones a estos derechos por parte de terceros. Así, el no asegurar que los empleadores privados cumplan las normas básicas de trabajo podría constituir una violación al derecho a trabajar o a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. La obligación de cumplir requiere que el Estado adopte las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, legales y de otra índole adecuadas para lograr la plena efectividad de dichos derechos. Así, podría constituirse una violación si el Estado no proporciona la atención primaria de salud esencial a las personas que lo necesiten.

Obligaciones mínimas esenciales

9. Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina ‘una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]’. Por ejemplo, incurre prima facie en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza’. Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad.

Por su parte, en el Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,⁶ se establece lo siguiente:

Artículo 1.- Protección de la propiedad

Toda persona física o moral tiene derecho al disfrute pacífico de sus posesiones. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de multas.

A partir de lo expuesto con antelación, y en aras de delimitar el marco teórico que puede servir de referencia para analizar el derecho en cuestión con base en estándares internacionales, puede adelantarse que el mínimo vital se define como aquella parte del ingreso que está destinada a solventar sus necesidades básicas y del núcleo familiar dependiente, tales como alimentación, vivienda, salud, educa-

⁶ Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, París, 1952. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf, fecha de consulta: 9 de agosto de 2010.

ción, recreación, servicios públicos domiciliarios, entre otras, como prerrogativas que posibilitan el mantenimiento de la dignidad del individuo como principio fundante del ordenamiento jurídico constitucional.

En igual sentido, la determinación del mínimo vital se expresa no sólo desde un ámbito cuantitativo, sino también cualitativo. De este modo, el mínimo vital no se restringe solamente a la prestación necesaria para garantizar la supervivencia biológica, sino que trasciende este marco para llegar hasta la cobertura satisfactoria de las necesidades básicas mencionadas y en aras de asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales.

II. LOS PRECEDENTES DE LA SUPREMA CORTE EN MATERIA DEL DERECHO AL MÍNIMO VITAL O EXISTENCIAL

1. Sentencia emitida por la Primera Sala de la SCJN en el amparo en revisión 1780/2006

a. Antecedentes y hechos

En sesión del 31 de enero de 2007, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el citado amparo en revisión, siendo el tema de constitucionalidad planteado, la posible transgresión al principio de proporcionalidad tributaria establecido en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Federal, por parte de lo dispuesto en los artículos 110 y 112 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente en dos mil dos,⁷ los cuales le habrían sido aplicados a la quejosa a través de una sentencia interlocutoria dictada por la Junta Especial Número 26 de la Federal de Conciliación y Arbitraje.

⁷ Los artículos de la Ley del Impuesto sobre la Renta que fueron objeto de reclamo se transcriben a continuación, en la parte que interesa:

Artículo 110. Se consideran ingresos por la prestación de un servicio personal subordinado, los salarios y demás prestaciones que deriven de una relación laboral, incluyendo la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas y las prestaciones percibidas como consecuencia de la terminación de la relación laboral. Para los efectos de este impuesto, se asimilan a estos ingresos los siguientes: [...].

Artículo 112. Cuando se obtengan ingresos por concepto de primas de antigüedad, retiro e indemnizaciones u otros pagos, por separación, se calculará el impuesto anual, conforme a las siguientes reglas: [...].

La mencionada decisión resulta de la mayor trascendencia, pues representa un pronunciamiento destacado sobre aspectos que, a pesar del enorme número de amparos que se resuelven en materia tributaria, en muy raras ocasiones se plantean ante el Tribunal Constitucional, como es la determinación de que no cualquier manifestación de riqueza es idónea para contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, en atención particular al caso de las personas que puedan carecer de lo básico para subsistir en condiciones dignas. Lo anterior puede parecer una obviedad, pero –como destacaré más adelante– no se encuentra exento de debate, si bien no en lo que se refiere al reconocimiento de un mínimo existencial, mínimo exento o mínimo vital, sí en lo que hace a lo que el derecho respectivo debe implicar o al contenido de éste.

En síntesis, la parte quejosa alegaba que los aludidos numerales resultaban violatorios del principio de proporcionalidad tributaria, al incluir, como base gravable, el pago por concepto de prestaciones percibidas como consecuencia de la terminación de la relación laboral, así como la indemnización u otros pagos por concepto de separación.

Asimismo, argumentaba que la indemnización por despido injustificado no debía ser considerada objeto de gravamen, pues ya no existiría una relación laboral ni prestación de trabajo personal, por lo que no podría hablarse de una remuneración; por tanto, la naturaleza de dicha indemnización sería ajena a las características que prevalecen en los ingresos por salario y, en general, por la prestación de un servicio personal subordinado.

Eventualmente, el Juez de Distrito del conocimiento concedería el amparo al quejoso. No obstante, tanto las autoridades responsables, como la propia parte quejosa, interpondrían escrito de revisión, mismo que sería remitido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

b. Consideraciones que sirvieron de sustento al criterio de la Sala

En la ejecutoria de mérito, se consideraron fundados los argumentos enderezados por la autoridad responsable, lo cual sería suficiente para revocar la concesión del amparo.

La Sala consideró que el Juzgado de primera instancia cometió un error al delimitar el objeto del impuesto sobre la renta –limitándolo a los términos literales del Capítulo I del Título IV de la Ley respectiva–, siendo el caso que dicho concepto abarca todos los ingresos que tengan una repercusión positiva en el patrimonio de la persona, con independencia de que sean o no remunerativos.

En efecto, la Sala de la Corte estima que el objeto del impuesto sobre la renta para las personas físicas no se agota en el Capítulo I del Título IV de la Ley del impuesto relativo, dado que dichos causantes se encuentran obligados a considerar la totalidad de sus ingresos para efectos de dicho gravamen, a menos que sean específicamente excluidos por el propio legislador, motivo por el cual la delimitación de ingreso que en cada Capítulo se dispone, lo es únicamente para la identificación del régimen aplicable, y no para efectos de la definición del hecho imponible del impuesto sobre la renta.

De tal forma, se precisó que –contrario a lo señalado por la quejosa– no se grava un concepto que sea ajeno al "ingreso" que constituye el objeto del gravamen, concepto éste que no se circunscribe a la percepción de cantidades que sean remuneratorias del trabajo prestado a un patrón, por lo que no se estaría violentando de forma alguna al principio de proporcionalidad tributaria.

i) Aplicación del derecho al mínimo vital en la sentencia que se analiza

En el contexto descrito, la Sala analizó el planteamiento consistente en determinar si es o no inconstitucional la decisión de gravar la indemnización que se entrega al trabajador cuando la relación laboral termina injustificadamente por causa imputable al patrón, con lo cual se le privaría de un recurso monetario estable y constante demandado para su subsistencia.

La ejecutoria aludida desarrolló el contenido y alcance de la mencionada garantía constitucional y, al adentrarse al tema específico del mínimo vital o existencial, reconoce la influencia de la sentencia C-776/2003 de la Corte Constitucional de Colombia, si bien el propio fallo precisa que dicho concepto no es acogido en los mismos términos por el texto constitucional mexicano.

Al efecto, se hizo referencia al derecho al mínimo vital como garantía de la dignidad humana, en el marco que corresponde a la materia tributaria, y se señaló que dicha prerrogativa ha sido reconocida internacionalmente como un derecho que se deriva de los principios de dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta.

La Corte precisó que el principio al mínimo vital cobra plena vigencia a partir de la interpretación sistemática de diversos derechos fundamentales, entre los que destacan los contemplados en los artículos 1o., 3o., 4o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123; es en este punto en el que el fallo aludido se distingue del pronunciamiento colombiano, pues la Suprema Corte acude al concepto del Estado Democrático de Derecho, precisando que el mínimo vital es uno de sus presupuestos, dado que éste "[...] requiere que los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, y a participar activamente en la vida democrática. El goce del mínimo vital, en breve, es un presupuesto sin el cual las coordenadas centrales de nuestro orden constitucional carecen de sentido". Más adelante, la Corte insiste sobre dicho aspecto, al precisar que el Estado Social y Democrático de Derecho presupone una estructura participativa en la cual los individuos se encuentran en condiciones materiales tales que les permitan contar con lo necesario para ser auténticos titulares de derechos y deberes; de ahí la trascendencia del derecho al mínimo vital.

La Sala estimó que el derecho al mínimo vital exige que no se pueda equiparar la capacidad que deriva de la obtención de cualquier recurso con la capacidad de contribuir al gasto público, respecto de las personas que puedan carecer de lo básico para subsistir en condiciones dignas.

De igual forma, se señaló que "[...] la intersección entre la potestad impositiva del Estado y el entramado de derechos y libertades fundamentales consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente [...]", lo que coincide con "[...] las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria [...]".

Asimismo, la Sala subrayó que "[...] Si bien el deber de tributar es general, el derecho al mínimo vital exige analizar si la persona que no disponga de los recursos materiales necesarios para subsistir digna y autónomamente puede ser sujeto de ciertas cargas fiscales que ineludible y manifiestamente agraven su situación de penuria, cuando ello puede coexistir con la insuficiencia de una red de protección social efectiva y accesible a los más necesitados [...]".

La Primera Sala señaló que a través de las medidas empleadas para proteger el derecho al mínimo vital, se evita "[...] que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna [...]".

Por lo que respecta a la materia tributaria, en la sentencia se precisó que el derecho al mínimo vital implica un límite que el Estado no puede traspasar en torno a los recursos materiales necesarios para llevar una vida digna. Consecuentemente, en relación con el tema en estudio, la Sala señaló que "[...] el deber tributario constituye un deber de solidaridad que recae en todos aquéllos que posean capacidad contributiva, y precisamente en razón de tal capacidad [...]", razón por la que "[...] los ciudadanos pueden tener capacidad económica por el total de su renta, pero ésta no debería estar disponible para el pago de impuestos en la medida en que resulte necesaria para la propia existencia [...]".

Por lo anterior, la Sala estableció que debe existir una esfera de ingresos que no puede ser gravada y que el Estado no puede, al ejercer la potestad tributaria, pasar por alto si se están creando tributos que ineludible y manifiestamente impliquen traspasar el límite inferior establecido para garantizar la supervivencia digna de la persona, dadas las políticas sociales existentes y los efectos de las mismas.

Esta limitante se ha expresado tradicionalmente en la prohibición de los impuestos confiscatorios –debiendo valorarse que si el artículo 22 constitucional prohíbe la pena de confiscación, con mayor razón debe entenderse que la Constitución propugna por una prohibición de privación confiscatoria de bienes de los particulares cuando ello acontece en el cumplimiento de la obligación tributaria–, pero también es especialmente relevante para el caso el derecho al mínimo vital,

en particular el de las personas que apenas cuentan con lo indispensable para sobrevivir.

En lo que hace al tema relativo a si debe establecerse el monto al cual ascendería ese umbral en el cual le está vedado al legislador entrometerse a través de la potestad tributaria, el pronunciamiento de la Corte la ubica en la misma línea de los tribunales constitucionales español, italiano y colombiano, pues primeramente aclara que el reconocimiento del derecho al mínimo vital no implica contradecir el criterio sostenido por la propia Sala en el sentido de que el legislador cuenta con una potestad amplia para la configuración del sistema tributario,⁸ ni entraña la necesidad de someter el análisis de la constitucionalidad de los tributos a las condiciones fácticas de cada causante, aclarando que [...] no es pretensión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que legalmente se defina con toda certeza ese mínimo de subsistencia que serviría de punto de partida en la imposición, sino que se reconozca un nivel de riqueza protegido a efectos de atender las exigencias humanas más elementales, lo cual implica excluir las cantidades o conceptos que razonablemente no puedan integrarse a la mecánica del impuesto —ya sea a nivel del objeto o que no puedan conformar su base imponible—, toda vez que dichos montos o conceptos se encuentran afectados a la satisfacción de las necesidades básicas del titular".

La Sala concluía que si bien conceptualmente puede cuestionarse la inclusión de la aludida figura en el objeto del impuesto sobre la renta, la particular tributación de la indemnización por despido injustificado se materializa en condiciones tales que no existe violación alguna al principio de proporcionalidad tributaria, toda vez que el legislador no estaría vulnerando el mínimo vital, sino que simplemente estaría gravando una manifestación de riqueza idónea para contribuir a los gastos públicos, como lo es la parte en la que el concepto exceda de noventa veces el salario mínimo general del área geográfica del contribuyente por año de trabajo.

⁸ Tal y como se desprende de la tesis jurisprudencial 1a./J. 159/2007, establecida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la novena época, consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVI, correspondiente al mes de diciembre de 2007, página 111, cuyo rubro dispone lo siguiente: "SISTEMA TRIBUTARIO. SU DISEÑO SE ENCUENTRA DENTRO DEL ÁMBITO DE LIBRE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA, RESPETANDO LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES".

Por lo anterior, la Sala concluyó que no existe violación al principio de proporcionalidad tributaria, pues se está gravando un ingreso que constituye una válida manifestación de riqueza y capacidad contributiva que atiende al concepto de mínimo vital que debe ser resguardado por el legislador ordinario.

2. Sentencia emitida en el amparo en revisión 1301/2006, promovido por Arturo García Pérez y otros

a. Antecedentes y hechos

Mediante sesión del 23 de mayo de 2007, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió al aludido juicio de amparo, a través del cual se puso a consideración de los Ministros integrantes de dicha Sala, entre otros temas, el relativo a la constitucionalidad del artículo 113, párrafo segundo, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente en 2006, por la supuesta transgresión al artículo 123, fracción VIII, de la Constitución Federal.

En la materia de la revisión, competencia de la Sala, se analizó el agravio de la recurrente, en torno al cual se alegaba que la retención prevista en dicho numeral legal, se aplica a la totalidad de los ingresos obtenidos en el mes calendario, entre ellos, a la cantidad mínima necesaria para la subsistencia del trabajador, es decir, el monto del salario mínimo que constitucionalmente no puede ser sujeto de retención, descuento o disminución; toda vez que, con independencia de las percepciones recibidas en el mes calendario, no debiera ser gravado el aludido salario mínimo vital.

b. Consideraciones que sirvieron de sustento al criterio de la Sala y la contemplación de un mínimo vital o existencial en la sentencia que se analiza

La Segunda Sala realizó un estudio histórico, a través del cual acudió a diversas reformas de la Ley del Impuesto sobre la Renta a fin de explicar la evolución del tratamiento del salario mínimo por parte de dicho ordenamiento.

Ahora bien, para el presente trabajo, resulta trascendente la referencia que hizo la Sala a la reforma publicada el 29 de diciembre de 1978, a través de la cual el salario mínimo dejó de estar exento y fue previsto como deducción, puesto que en la exposición de motivos que originó dicha reforma, se estableció la deducción de un salario mínimo general del área geográfica en razón del costo mínimo de vida que establece la legislación, lo que significa que se tornó aplicable para todos los que recibieran remuneraciones por trabajo personal subordinado, no sólo para los que obtuvieran el indicado salario mínimo general.

Posteriormente, la Sala hizo alusión a que en 1988 se estableció que no se efectuaría retención a las personas que sólo percibieran salario mínimo general y que las demás que sí rebasaran ese monto seguían gozando de su deducción.

No obstante –precisó la Segunda Sala– por reformas de 1997 y 1998, se eliminó la deducción del salario mínimo general a que tenían derecho los trabajadores que percibían mayores ingresos al mínimo exento, sin que –a juicio de la Sala– en los procesos legislativos respectivos se precisaran las circunstancias para suprimirlo.

Ahora bien, el esquema tributario de no retención a los trabajadores que sólo percibieran salario mínimo general, y de retención aplicada al total de los ingresos obtenidos en el mes calendario tratándose de personas físicas que percibieran más de ese mínimo, se reiteró en el artículo 113 de la actual Ley del Impuesto sobre la Renta.

En la ejecutoria que se analiza se determinó que el "[...] salario mínimo es una figura fundamental de justicia social, que responde al principio universal de salario remunerador y justo, con el propósito de asegurarle al trabajador una existencia conforme a la dignidad humana, mediante la satisfacción de las necesidades de orden primario tanto materiales como sociales, culturales y de educación de su familia [...]".

Asimismo, se sostuvo que el salario mínimo general no podría embargarse, compensarse o descontarse, puesto que el régimen de salario suficiente tiene por

objeto cubrir con dignidad y decoro las necesidades básicas de los trabajadores y sus familias.

Por otro lado, la Segunda Sala también acudió a diversos documentos históricos, a fin de evidenciar que "[...] el salario mínimo constituye una institución fundamental de justicia social, que junto con las relativas a la jornada máxima de trabajo, el descanso y vacaciones, cuidados especiales tratándose de la mujer, participación de utilidades, estabilidad en el empleo, entre otras, integran las normas tutelares, con las que el Constituyente pretendió proteger los derechos de los obreros contra el capital [...]"; a saber:

- Los emitidos en 1906 por el Partido Liberal Mexicano, de donde surgieron las ideas de justicia social que establecían que el salario mínimo debía fijarse por regiones atendiendo al costo de la vida en cada una de ellas, con el fin de salvar de la miseria al trabajador;
- Al artículo 5o. del proyecto de Constitución de Venustiano Carranza del 1o. de diciembre de 1916, que propugnó por el derecho de los trabajadores de recibir una justa remuneración a cambio de su trabajo personal y,
- Al proyecto de bases sobre la legislación del trabajo, elaborado por varios diputados y presentado en la Cuadragésima Sesión Ordinaria del Congreso Constituyente llevada a cabo el 13 de enero de 1917, a las que debían sujetarse el Congreso de la Unión y los Congresos de las entidades federativas al legislar sobre dicha materia, como las relativas al salario mínimo suficiente, atendiendo a las condiciones de cada región para satisfacer las necesidades del trabajador, considerado como jefe de familia, su educación y placeres honestos, el cual debía quedar exceptuado de embargo, compensación o descuento.

En ese contexto, la Sala señaló que el Constituyente estableció en la fracción VIII del apartado A del artículo 123 constitucional, que el salario mínimo quedaría exceptuado de embargo, compensación o descuento, u otras figuras afines a ellas, cualquiera que fuera su naturaleza u origen, con el notorio objeto de evitar

que la persona trabajadora reciba una suma inferior al salario mínimo con motivo de tales gravámenes; razón por la que no es posible que se impongan contribuciones a quienes apenas obtienen esa retribución, toda vez que no están en aptitud de contribuir para los gastos públicos en términos del artículo 31, fracción IV, de la Constitución Federal. De lo contrario –a juicio de dicha Sala–, se mermaría su dignidad y libertad humanas, según las bases previstas en el diverso artículo 25 constitucional.

Finalmente, se señaló que "[...] no es verdad que en el artículo 123, apartado A, fracción VIII, de la Constitución Federal, se prevea un derecho a favor de cualquier trabajador, sin importar el salario que obtengan por el trabajo personal subordinado que desempeñen y, por ende, no pueda gravarse el monto del salario mínimo aunque se perciba una cantidad superior a él, porque tanto el propio texto que hace referencia al salario mínimo como su espíritu descrito en sus antecedentes legislativos ponen de relieve que la prerrogativa de no disminuir dicho salario mediante embargo, compensación o descuento, opera desde su nacimiento únicamente en relación con trabajadores que obtienen un salario mínimo como protección a la imperiosa necesidad humana de tener una vida digna y decorosa, no así de aquellos que superan el mínimo de subsistencia [...]".

Por ende, en la ejecutoria se concluyó que si el artículo 113, párrafos primero y segundo, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente en dos mil seis, prevé que no se efectuará retención a las personas que en el mes únicamente perciban un salario mínimo general y que la retención que se realice a trabajadores que obtengan percepciones superiores al mínimo, se haga sobre la base de la totalidad de los ingresos obtenidos en el mes de calendario, no es contrario a lo dispuesto en el artículo 123, apartado A, fracción VIII, de la Constitución Federal.

3. Sentencia emitida en el amparo en revisión 811/2008, promovido por Alejandro Joaquín Martí García

a. Antecedentes y hechos

El 5 de septiembre de 2008, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de resolver el aludido amparo en revisión, en el que se

cuestionó la constitucionalidad del artículo 109, fracción XXVI, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente a partir del 2 de octubre de 2007.⁹

En razón de la secuela procesal del juicio de amparo, la Sala se avocó al análisis de los agravios vertidos por el contribuyente a través de su recurso de revisión, a efecto de dilucidar si resultaba contrario a los principios de proporcionalidad y equidad tributarias, así como a los de audiencia y seguridad jurídica,¹⁰ el tratamiento otorgado por el aludido precepto a quienes enajenan acciones a través de bolsa de valores.

⁹ El aludido numeral de la Ley del Impuesto sobre la Renta, señala lo siguiente:

Artículo 109. No se pagará el impuesto sobre la renta por la obtención de los siguientes ingresos: [...]

XXVI. Los derivados de la enajenación de acciones emitidas por sociedades mexicanas cuando su enajenación se realice a través de bolsas de valores concesionadas en los términos de la Ley del Mercado de Valores o de acciones emitidas por sociedades extranjeras cotizadas en dichas bolsas de valores.

La exención a que se refiere esta fracción no será aplicable tratándose de la persona o grupo de personas, que directa o indirectamente tengan 10% o más de las acciones representativas del capital social de la sociedad emisora, a que se refiere el artículo 111 de la Ley del Mercado de Valores, cuando en un periodo de veinticuatro meses, enajene el 10% o más de las acciones pagadas de la sociedad de que se trate, mediante una o varias operaciones simultáneas o sucesivas, incluyendo aquéllas que se realicen mediante operaciones financieras derivadas o de cualquier otra naturaleza análoga o similar. Tampoco será aplicable la exención para la persona o grupo de personas que, teniendo el control de la emisora, lo enajenen mediante una o varias operaciones simultáneas o sucesivas en un periodo de veinticuatro meses, incluyendo aquéllas que se realicen mediante operaciones financieras derivadas o de cualquier otra naturaleza análoga o similar. Para los efectos de este párrafo se entenderá por control y grupo de personas, las definidas como tales en el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores.

Tampoco será aplicable la exención establecida en esta fracción cuando la enajenación de las acciones se realice fuera de las bolsas señaladas, las efectuadas en ellas como operaciones de registro o cruces protegidos o con cualquiera otra denominación que impidan que las personas que realicen las enajenaciones acepten ofertas más competitivas de las que recibían antes y durante el periodo en que se ofrezcan para su enajenación, aun y cuando la Comisión Nacional Bancaria y de Valores les hubiese dado el trato de operaciones concertadas en bolsa de conformidad con el artículo 179 de la Ley del Mercado de Valores.

En los casos de fusión o de escisión de sociedades, no será aplicable la exención prevista en esta fracción por las acciones que se enajenen y que se hayan obtenido del canje efectuado de las acciones de las sociedades fusionadas o escidente si las acciones de estas últimas sociedades se encuentran en cualesquiera de los supuestos señalados en los dos párrafos anteriores.

No se pagará el impuesto sobre la renta por los ingresos que deriven de la enajenación de acciones emitidas por sociedades mexicanas o de títulos que representen exclusivamente a dichas acciones, siempre que la enajenación de las acciones o títulos citados se realice en bolsas de valores ubicadas en mercados reconocidos a que se refiere la fracción II del artículo 16-C del Código Fiscal de la Federación de países con los que México tenga en vigor un tratado para evitar la doble tributación, y que las acciones de la sociedad emisora cumplan con los requisitos de exención establecidos en esta fracción. Tampoco, se pagará el impuesto sobre la renta por la ganancia acumulable obtenida en operaciones financieras derivadas de capital referidas a acciones colocadas en bolsas de valores concesionadas conforme a la Ley del Mercado de Valores, así como por aquéllas referidas a índices accionarios que representen a las citadas acciones, siempre que se realicen en los mercados reconocidos a que se refieren las fracciones I y II del artículo 16-C del Código Fiscal de la Federación.

¹⁰ Por no ser relevantes dichas cuestiones para el presente documento, no se desarrollan las consideraciones de la Sala en materia de audiencia y seguridad jurídica.

Ahora bien, la norma en comento establece la exención del pago del gravamen, para quien enajene acciones emitidas por sociedades mexicanas cuando ésta se realice a través de bolsas de valores concesionadas legalmente, o de acciones emitidas por sociedades extranjeras cotizadas en dichas bolsas de valores, excluyendo de dicho trato a quienes, directa o indirectamente, ostenten un 10% o más de las acciones representativas del capital social de la emisora, cuando en un periodo de veinticuatro meses se enajene dicho porcentaje o más de las acciones pagadas de la sociedad de que se trate mediante una o varias operaciones simultáneas o sucesivas, incluyendo las realizadas a través de operaciones financieras derivadas o de naturaleza similar a éstas; lo mismo, y en idénticos plazos y condiciones, para el caso de aquéllos que tengan el control de la emisora.

En esa ocasión, el quejoso se presentó como accionista de una empresa cuyas acciones cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores, señalando que éste había efectuado una enajenación de acciones, la cual representaba la transmisión del 27.05% del total del capital social de dicha sociedad y sobre la que el intermediario financiero a cargo de dicha operación había retenido el impuesto relativo, equivalente al 5% sobre el ingreso obtenido, con base en lo dispuesto en el artículo reclamado.

b. Consideraciones que sirvieron de sustento al criterio de la Sala (aplicación del derecho al mínimo vital en la ejecutoria)

Previa respuesta a los agravios formulados, la Sala consideró oportuno pronunciarse en torno al "[...] marco general en el que se inscribe la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos en un Estado social y democrático de Derecho, frente a los derechos y libertades de los gobernados [...]".

Así, la Sala tuvo oportunidad de construir un concepto que solo había tenido un incipiente desarrollo en la doctrina jurisprudencial de la SCJN: el principio de generalidad tributaria.

Al efecto, se determinó que "[...] sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia, sin el respeto de las condiciones materiales de existencia de los individuos, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad

e igualdad formal, consagrados en el Capítulo Primero del Título Primero de nuestra Constitución Política, se reducirá a un mero e inocuo formalismo [...]"

La Sala desprendió del artículo 25 constitucional, la responsabilidad social inherente a la obligación de contribuir establecida en el numeral 31 del mismo ordenamiento, señalando que "[...] de eliminarse un impuesto, los contribuyentes dispondrían para sí mismos de mayor riqueza y de más oportunidades de autodeterminación. Sin embargo, la libertad que se gana al quedar liberado de la imposición es fugaz, pues ésta se pierde en la defensa de los derechos propios, antes garantizada por el Estado, sostenido con las propias contribuciones [...]" con lo que se demostraba la función social que conlleva la propiedad, y las responsabilidades sociales que ésta contiene.

La Sala sostuvo que, según los fines del Estado, en materia tributaria resulta trascendente que, al momento de definir la forma y términos en los que se debe contribuir al gasto público, se tome en cuenta que todos aquéllos que tienen capacidad susceptible de gravamen estén sujetas a imposición sin atender a criterios como la nacionalidad, estado civil, clase social, religión, raza, etcétera; y, en su caso, que las excepciones obedezcan a objetivos de política general, sociales o culturales que se consideren de ineludible cumplimiento. En ese contexto —señala la Corte— el denominado principio de generalidad tributaria debe ser entendido como "[...] condición necesaria para lograr la igualdad en la imposición y como límite constitucional a la libertad de configuración del sistema tributario, por cuya virtud se establece un mandato dirigido al legislador tributario, a fin de que, al tipificar los hechos imposables de los distintos tributos agote, en lo posible, todas las manifestaciones de capacidad económica, ‘buscando la riqueza allí donde la riqueza se encuentra’[...]"¹¹

Una vez abordado dicho postulado, la Sala consideró que aquél se presenta bajo dos ópticas:¹²

¹¹ Tal y como señaló la Sala, la cita corresponde a lo sostenido por el Tribunal Constitucional Español, en la STC 27/1981, del 20 de julio de 1981.

¹² Las cuales, se precisó, tienen primordial aplicación en lo que toca a los impuestos directos que gravan la renta obtenida, dado que las exenciones tributarias obedecerían a lógicas completamente diferentes en otras contribuciones, como en el impuesto al valor agregado.

- En sentido afirmativo, lo que implica que todos –tanto mexicanos, como extranjeros, en la medida en que la legislación lo prevé– deben contribuir al gasto público, por lo que el legislador tendrá que cuidar que los signos demostrativos de capacidad contributiva sean de alguna forma recogidos en una norma tributaria como supuesto de hecho al que se vincula la obligación de contribuir.
- En sentido negativo, evitando todo privilegio o de áreas inmunes al pago de los tributos, es decir, que no existan prerrogativas que permitan la liberación de la obligación, puesto que "[...] nadie tiene un derecho constitucionalmente tutelado a una exención tributaria [...]".

Ante dichas posturas, la Sala señaló que el principio de generalidad "[...]" no implica la creación de una regla general de obligatoriedad que afecte a todos los ciudadanos, pues es claro que el conjunto de potenciales obligaciones tributarias finalmente deben materializarse a través de concretas y singulares decisiones del legislador, mediante las cuales se configuran los supuestos normativos que hacen surgir los tributos como tales, y que se vinculan a hechos, actos o negocios de los particulares [...]".

Asimismo, señaló que el principio de generalidad "[...]" no es una afirmación ciega y absoluta [...]", puesto que dicha obligación únicamente debe proyectarse en los casos en los que ello se justifique, pero sin excepción alguna entre éstos, es decir –señaló la Sala– que si bien, bajo el aludido principio, todas las personas deben contribuir, ello no implica que no habrá excepciones, ya que la causa que legitima la obligación de contribuir es la existencia de una capacidad idónea para ello, dada la existencia de un parámetro sobre el cual no resultaría constitucionalmente válida una intromisión por parte del legislador: el denominado "mínimo vital" o "mínimo existencial".

Al respecto, se sostuvo que cuando se reconoce legalmente un nivel de renta que debe quedar exento del gravamen, ello podría ser identificado como una excepción al principio de generalidad; lo cual sería sólo aparente, "[...] en la medida en que las personas con niveles de ingreso o patrimonio que apenas resultan

suficientes para subsistir, no deberían verse conminados a aportar cantidad alguna a título de contribuciones, pues ello únicamente serviría para agravar su ya precaria situación presente y, claramente, ésta no puede ser la intención de una obligación fundada –como se ha precisado– en un deber de solidaridad entre los gobernados [...]".

En este contexto, la Sala señaló que el mínimo vital no es una auténtica excepción a la regla que postula el principio de generalidad, pues éste mandata el deber de contribuir para quienes efectivamente tengan la capacidad idónea o apta para tal efecto; por lo tanto, las personas que no superan el umbral del mínimo exento, en realidad, no exhiben un signo que legitime la exacción fiscal y, en esa medida, ni siquiera podían considerarse vinculados por el deber apuntado. Este matiz en lo postulado por el principio de generalidad obedece a lo establecido por el diverso principio de proporcionalidad, el cual se vincula con la capacidad (o ausencia de capacidad) que posee el gobernado, concluyendo que se cumple la generalidad de la imposición cuando todos aquéllos que perciben una renta superior al mínimo de existencia, se encuentran sujetos a la obligación tributaria, sin que ello se vea afectado por condiciones como el sexo, la raza, la nacionalidad, la confesión religiosa, etcétera.

Por otra parte, la Sala señaló que el principio de generalidad tributaria, en sentido negativo, implica la prohibición de liberar del pago sin una justificación razonable a quienes cuentan con la capacidad suficiente para contribuir, lo cual constituye una premisa básica de la garantía de equidad tributaria, pues en lo que se refiere al principio de generalidad tributaria, "[...] cuando menos, las exenciones –y, en general, las formas de liberación de la obligación en la apreciación de los signos de capacidad idóneos para tributar, al momento de delimitar el hecho imponible– deben reducirse a un mínimo, si no abiertamente evitarse y, en todo caso –como se viene sosteniendo por este Alto Tribunal al tratar el tema de cualquier trato diferenciado, a la luz del diverso principio de equidad–, deben justificarse razonablemente, en el marco de la Constitución [...]".

De esta forma, la ejecutoria sostuvo que, en la medida de lo posible –y en atención a que la aparente exclusión del mínimo vital o mínimo exento, no implica

una vulneración a la Constitución y, más bien, es acorde con los postulados del principio de generalidad, reconociendo el hecho de que existen casos en los que no se aprecian las condiciones que constitucionalmente autorizan el establecimiento de las obligaciones tributarias—, no debería haber exenciones a la obligación tributaria, si bien debe reconocerse que de este postulado no se desprende que esté constitucionalmente vedada la concesión de exenciones o la utilización del tributo con fines extrafiscales o de política económica.

4. Análisis de los argumentos del recurrente en torno a las garantías que consideró vulneradas en su perjuicio

a. En cuanto a la garantía de equidad tributaria

El marco general sobre el que la Sala efectuó el análisis en torno a los reclamos relacionados con el referido principio tributario, versó sobre las razones que justificarían el otorgamiento de la exención. Al efecto, en la sentencia se dio respuesta a las siguientes interrogantes:

- ¿Las razones para el establecimiento de una exención para el ingreso derivado de la enajenación de acciones a través de bolsa de valores encuentran un soporte constitucional?
- ¿Es racional el establecimiento de una exención a los ingresos derivados de la enajenación de acciones a través de bolsa de valores?
- ¿Es razonable la distinción que se efectúa, al exentar a los ingresos derivados de la enajenación de acciones a través de bolsa de valores?

La Sala respondió que la finalidad pretendida por el legislador —hacer accesible a las empresas los recursos financieros necesarios para sus proyectos productivos, así como facilitar la movilidad de capitales entre sectores y promover la diversificación de la propiedad empresarial en el país, en beneficio de pequeños y medianos ahorradores, a fin de promover el desarrollo económico y financiero del país—, es objetiva y válida desde un punto de vista constitucional y que debe valorarse el hecho de que el legislador apreciara que existen quienes no requieren de tal apoyo, o bien, que acudían a él con la única intención de efectuar operaciones de enajenación de acciones exentas de impuesto.

Asimismo, se sostuvo que con la exención otorgada se establecen incentivos encaminados a la consecución de las finalidades propuestas, razón por la que se consideró que la medida establecida por la norma reclamada sí es acorde con sus finalidades.

Posteriormente, la Sala determinó que el artículo 28, de la Constitución Federal, según su texto reformado a partir de 1983, proscribiera el otorgamiento de exenciones distintas a aquellas que se establezcan legalmente, para lo cual deberá en todo caso atenderse a los postulados que se desprenden del propio texto constitucional, como en lo referido a la garantía de equidad tributaria.

Finalmente, sobre este aspecto, la Sala concluyó que los parámetros establecidos por el legislador para diferenciar a los casos que contarán con la exención por la enajenación de acciones a través de bolsa de valores, no resultan artificiosos o arbitrarios; por el contrario, se encuentran ajustados de manera objetiva para cumplir el propósito trazado por el propio legislador.

b. En cuanto a la garantía de proporcionalidad tributaria

Una vez analizados diversos argumentos encaminados a demostrar la violación al principio de equidad, la Sala analizó los argumentos del quejoso en torno a la supuesta violación a la garantía de proporcionalidad tributaria.

La Sala respondió a los agravios del recurrente, señalando que –contrario a lo afirmado por éste– "[...] los parámetros establecidos en la norma reclamada no estarían fijados de manera artificiosa ni arbitraria, ni podría afirmarse que el legislador necesariamente debe atender a los criterios propios del tributo de que se trate al momento de fijar los parámetros que permiten acceder a la exención, por lo que no se viola en perjuicio de la parte quejosa ahora recurrente la garantía de proporcionalidad [...]" y que "[...] los elementos a los que alude la parte quejosa como ajenos al objeto de la obligación tributaria, no deben valorarse como supuestos determinantes de la específica capacidad del contribuyente que estaría apreciando el legislador, sino que se trata de las condiciones que finalmente determinan si el sujeto obligado manifiesta una capacidad contributiva susceptible de ser

gravada en términos del apartado respectivo del Título IV de la Ley. La ineficacia del argumento deriva de su desatención a las dos vertientes del principio de proporcionalidad tributaria en lo tocante al análisis de la capacidad contributiva [...]”.

III. ADECUACIÓN DE LOS PRECEDENTES A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Como se anticipaba desde la parte introductoria, el presente caso no se adecua fácilmente al escrutinio que se pretende realizar, pues los pronunciamientos de la SCJN se refieren a cuestiones tributarias, vinculadas a reclamos específicos, en los que se hacía valer que un determinado concepto (las cantidades pagadas a los trabajadores al terminar la relación laboral en el primer caso descrito, o el producto de la venta de acciones en bolsa, en el tercero de ellos), o una determinada cantidad, deberían ser percibidos de manera íntegra, es decir, libres de impuesto sobre la renta. En cambio, los compromisos internacionales a los que aludí en el segundo apartado del presente documento, van más allá, pues no hacen una mención específica sobre estas cuestiones y, en cambio, ponen de relieve que el Estado mexicano ha asumido la obligación de procurar que las personas puedan ver satisfecho un nivel mínimo en el goce de determinados derechos.

De esta manera, se aprecia que los estándares internacionales que se han comentado tienen un referente mucho más amplio –y, simultáneamente, también uno más estrecho– que el que corresponde a la materia sobre la cual se pronunció la Corte:

- El más amplio corresponde al compromiso asumido en el sentido de garantizar un nivel mínimo de disfrute de determinados derechos, aspecto éste que va mucho más allá de lo que pueda derivarse de un pronunciamiento específico sobre la idoneidad, o no, de hacer pesar un gravamen sobre determinado concepto o sobre determinado nivel de ingreso. Si se elaboraran juicios sobre la decisión de la Corte, considerando este alcance de los instrumentos internacionales a los que se ha hecho alusión, difícilmente podría afirmarse que la SCJN sometió a un escrutinio correcto a la legislación federal, confrontándola con la internacional, verificando la adecuación de aquella con ésta.

- En cambio, el referente más estrecho corresponde a la verificación que pueda efectuarse sobre el hecho de que los compromisos internacionales asumidos por el Estado mexicano, no se refieren específicamente a aspectos de tributación, como medio tendente al fin de procurar un nivel mínimo de satisfacción en el disfrute de determinados derechos. Bajo esta óptica, el juicio que se efectuara sobre las decisiones de la SCJN, probablemente sería más laxo y podría fácilmente resolver de manera positiva sobre el nivel de exigencia que la Corte habría efectuado sobre la legislación nacional, a fin de verificar su adecuación con los compromisos internacionales asumidos por México.

Pero ni uno ni otro juicio son exactamente correctos, justamente porque los temas resueltos por la SCJN no se refieren a aspectos que claramente encuadren con la materia de los instrumentos internacionales a los que se ha hecho alusión. Lo mismo ocurrirá si queremos verificar la consonancia de las sentencias de la Corte con los propios estándares internacionales.

Sin embargo, no es ésta una razón para dejar de hacer algunos juicios sobre los temas que resolvió la Corte –ni sobre aquéllos que aun no han sido resueltos–, lo cual llevo a cabo a continuación.

1. Solo para cumplir con el propósito del presente apartado –y habiendo contextualizado este ejercicio, precisando que probablemente no resulte atinente buscar adecuación entre los compromisos asumidos por México, y las decisiones que la Corte ha tomado en materia del derecho al mínimo vital–, me limitaría a señalar que, efectivamente, cada una de las 3 resoluciones a las que se hizo alusión en el apartado que antecede pueden perfectamente adecuarse con los derechos consagrados en instrumentos internacionales. Dicha adecuación la aprecio desde 2 ópticas, que a continuación describo.

Por un lado, considero que las decisiones de ambas Salas de la Corte fueron correctas, porque los conceptos (o montos) de ingreso que fueron acusados como impropios –desproporcionales, en el sentido del artículo 31, fracción IV,

constitucional—, no parecen poner en evidencia una intromisión del legislador tributario sobre aspectos que deberían estar libres de gravamen. En este primer sentido, no parece justificado sostener —como lo hacía el particular quejoso en cada uno de los casos resueltos— que la tributación sobre dichos conceptos dejara al gobernado sin los recursos suficientes para sobrevivir, o en condiciones tales que no pudiera ejercer los derechos con los que cuenta.

Bajo esta óptica —no se reiterará suficientes veces, algo simplista, por no ser propiamente la materia del instrumento internacional—, la decisión de la Corte se adecua perfectamente con los compromisos internacionales asumidos por el Estado mexicano, pues en ninguno de ellos se contiene una prescripción específica en el sentido de que ciertos montos o conceptos deban encontrarse libres de gravamen, cuando se manifiesta capacidad idónea para tributar.

Inclusive, aun la obligación de asegurar un nivel mínimo de satisfacción de ciertos derechos no se ve afectada por la decisión de gravar ciertos conceptos o determinados montos, en tanto que el Estado mexicano no asumió un compromiso de garantizar tal extremo *específicamente* a través de medidas fiscales consistentes en la liberación o minoración del tributo sobre dichos conceptos o cantidades, por lo que aun estaría pendiente verificar si se consigue el cumplimiento del compromiso internacional, *a pesar* de que se estableciera el tributo combatido, aspecto éste sobre el que la Corte no se ocupa, pero que podría entenderse que da por sentado, en tanto que se avaló la constitucionalidad del precepto y, por lo tanto, la posibilidad de destinar los recursos correspondientes a cubrir gastos públicos.

Ahora bien, por el otro lado, bajo una óptica un poco más elaborada, la decisión de la Corte se enmarca con los compromisos internacionales, no solo porque éstos no especifican la necesidad de que ciertos conceptos *deban* quedar libres de gravamen, sino porque, al avalar la constitucionalidad de tributos que —conforme al juicio de la Corte— recaen sobre manifestaciones de capacidad idóneas para soportar el gravamen, se está garantizando que el Estado mexicano cuente con los recursos necesarios para poder cumplir el compromiso asumido en el sentido de garantizar para la generalidad de la población, el nivel mínimo de disfrute para los derechos humanos.

Particularmente a través del tercer precedente aludido (amparo en revisión 811/2008), la Suprema Corte hizo referencia al principio de generalidad tributaria, como punto de partida para garantizar los recursos necesarios para conseguir los fines del Estado social y democrático de Derecho, bajo una visión igualitaria entre los gobernados, donde la premisa debe ser que los ingresos –todos los ingresos, como manifestaciones de capacidad, específicamente, en los casos en los que, justamente, se supere el umbral del mínimo vital– estén gravados, debiendo justificarse las excepciones a esta regla.

Así, independientemente de la visión que se tenga sobre las funciones que debe cumplir el Estado y la dimensión que éste debería tener para conseguir los fines trazados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a la luz de los compromisos internacionales asumidos por México, es obvio que el Estado requiere recursos monetarios para la consecución de dichas finalidades, siendo los ingresos tributarios el medio idóneo para conseguirlos. De lo anterior se sigue que, si el Estado busca garantizar el pleno goce de determinados derechos para los gobernados, las contribuciones son, cuando menos, necesarias; por lo que no se justifica que algunas personas que exhiban signos de capacidad, queden liberadas de tal obligación.

En estos 2 aspectos, puede fácilmente apreciarse la adecuación del criterio de la Corte, con los compromisos internacionales firmados por México.

2. No obstante, resulta válido preguntarse si esta consonancia entre lo decidido por la Corte y el sentido de los compromisos constantes en instrumentos internacionales, basta para suponer que la SCJN ha tutelado debidamente el cumplimiento de éstos.

Creo que la respuesta es negativa, pues –como se ha señalado reiteradamente– los estándares internacionales son mucho más ambiciosos de lo que pudiera corresponder a los pronunciamientos específicos a los que se ha hecho alusión. Sin embargo, considero que tal circunstancia no es reprochable a la Corte, sino a la materia de la revisión, es decir, al aspecto específico que fue reclamado y al que debía limitarse el pronunciamiento.

3. En todo caso, considero que el pronunciamiento de la Corte, en el sentido de reconocer el derecho al mínimo vital, resulta de la mayor importancia, tomando en cuenta que son pocas las oportunidades con las que cuenta el Alto Tribunal para tomar una posición sobre este tipo de temas que se han ido incorporando recientemente a la doctrina jurisprudencial de los tribunales constitucionales de diferentes latitudes.

Las decisiones de la SCJN pueden ser objeto de críticas o comentarios, pero me parece trascendente el solo hecho de haber reconocido la existencia del derecho al mínimo vital. Inclusive, no me parecería adecuado exigir de este pronunciamiento la definitividad que correspondería a un concepto acabado. Por lo pronto, el concepto ha sido incorporado a la doctrina de la Corte y quedará en los justiciables acudir a él y problematizar el concepto ante el Tribunal Constitucional, exigiendo que se le otorgue plena eficacia en su aplicación y sometiendo a la crítica del foro las aproximaciones progresivas que sobre el mismo pueda realizar la propia Corte en lo sucesivo.

En relación con lo anterior, conviene señalar que las decisiones de ambas Salas dejan sin resolver algunas cuestiones –y en otras, inclusive, se contradicen–, sobre las cuales conviene reflexionar, vigilando las nuevas resoluciones que lleguen a dictarse. En este sentido, deberá verificarse si la SCJN llega a pronunciarse sobre los siguientes aspectos: ¿es el derecho al mínimo vital –acotado como ha quedado en la jurisprudencia– un derecho de todos los gobernados, para que quede libre de gravamen un determinado monto, o es un derecho exclusivamente de quienes no rebasan dicho umbral, los cuales deberán quedar libres de gravamen? ¿Abarca conceptos específicos, o algún monto determinado? ¿Se identifica con el salario mínimo, o es una cantidad o concepto diverso? De ser así, ¿cuál es ese monto o ese concepto? ¿Requiere materializarse a través de una figura específica –como podrían ser exenciones, deducciones, etcétera–, o puede simplemente solventarse viendo el conjunto de la legislación o, inclusive, los subsidios existentes, cuando éstos disminuyen la obligación fiscal?

Todos estos temas aun no son definidos por la SCJN, por lo que resulta relevante dar seguimiento a estas cuestiones en la jurisprudencia del Alto Tribunal.



*Libertad personal: condiciones
generales de validez derivadas
de la jurisprudencia de la Corte
Interamericana de Derechos Humanos*

FERNANDO SILVA GARCÍA*

* Juez Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es una mera sistematización de los principales criterios interpretativos de los artículos 4¹ y 7² de la CADH, que han desarrollado el derecho a la libertad personal que corresponde a todos los individuos que

¹ Artículo 4. Derecho a la Vida

(Convención Interamericana sobre Derechos Humanos).

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

² Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

se encuentran dentro de la jurisdicción de los Estados miembros del sistema interamericano, lo que tiene por objeto exponer la necesidad consistente en que los niveles de protección de ese derecho fundamental, que también garantiza la Constitución mexicana a través de los tribunales nacionales, se vayan ajustando a las exigencias derivadas de la Convención Americana a la luz de la jurisprudencia de la CIDH.

Como será expuesto, en materia de libertad personal existe una peculiaridad que no se presenta en la mayor parte de los derechos convencionales, en virtud de que existe, bien o mal, lo que podríamos denominar como sistema de retroalimentación de los niveles de tutela entre el sistema interamericano y el sistema nacional de protección de derechos fundamentales, tomando en cuenta que aquellos actos que incumplan con los estándares nacionales para salvaguardar la libertad personal han sido considerados, al mismo tiempo, contrarios a la propia Convención Americana, por lo cual, en el presente trabajo, más que destacar los criterios jurisprudenciales nacionales, pondremos énfasis en las exigencias derivadas del Pacto de San José, lo que realizaremos a través de la exposición de los principales temas y categorías contenidas en los precedentes de la CIDH, lo cual nos servirá para poner de manifiesto que existen muchas razones para pensar que el arraigo domiciliario, la prisión preventiva y la prisión vitalicia, previstas en el sistema jurídico mexicano, contravienen los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

II. LIBERTAD PERSONAL. ALCANCES GENERALES

1. Libertad y seguridad personal

Para la CIDH, en sentido amplio la libertad es la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, es la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar "un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre", y el reconocimiento de que "sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos". De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo. En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física.³ Ahora bien, este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la

³ Así también lo ha entendido el Tribunal Europeo, cuando consideró que "las palabras libertad y seguridad [] se refieren a la libertad y seguridad físicas". *Cfr.* ECHR, *Case of Engel and others vs. The Netherlands*, Judgment of 8 June 1976, Applications Nos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, para. 57. Traducción de la Secretaría de la Corte. El texto original en inglés es el siguiente: "[i]n proclaiming the 'right to liberty', paragraph 1 of Article 5 (art. 5-1) is contemplating individual liberty in its classic sense, that is to say the physical liberty of the person".

hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción. Al respecto, la Corte ha resaltado que cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarreará necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma, puesto que la falta de respeto a las garantías de la persona privada de la libertad desemboca, en suma, en la falta de protección del propio derecho a la libertad de esa persona. (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*).

2. Libertad personal. Contenido esencial

La CIDH ha estimado que el contenido esencial del artículo 7 de la Convención es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia arbitraria o ilegal del Estado y, a su vez, la garantía del derecho de defensa del individuo detenido.⁴ Ese Tribunal ha señalado que con la protección de la libertad se pueden salvaguardar tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal.⁵ (Caso "*Instituto de Reeducación del Menor*" vs. *Paraguay*; Caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*).

3. Libertad personal. Su restricción está sujeta a los principios de tipicidad y reserva de ley

El artículo 7.2 de la Convención establece que "nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas". Este numeral del artículo 7 reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede

⁴ Cfr. Caso Maritza Urrutia; Caso Bulacio, y Caso Juan Humberto Sánchez.

⁵ Cfr. Caso Gómez Paquiyaur; Caso Maritza Urrutía y Caso Juan Humberto Sánchez.

afectarse el derecho a la libertad personal. Para la CIDH "ley" es una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.⁶ En ese sentido, el Tribunal ha dicho que la reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y "de antemano", las "causas" y "condiciones" de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, para la CIDH, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana. (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*).

4. Libertad personal. Aun cuando el Estado tiene la facultad de detener a aquellas personas que pongan en riesgo la seguridad y el orden público, ello debe realizarse respetando sus derechos fundamentales

La CIDH ha señalado que si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y de mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción⁷ y, en este sentido, debe realizar sus acciones "dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana".⁸ (Caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*; Caso *Servellón García y otros vs. Honduras*).

⁶ *Cfr.* La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 38.

⁷ *Cfr.* Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros; Caso Bámaca Velásquez y Caso Durand y Ugarte.

⁸ *Cfr.* Caso Bámaca Velásquez; Caso Durand y Ugarte y Caso Castillo Petrucci y otros.

5. Libertad personal. Su restricción no puede sustentarse en causas y métodos incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad, aun cuando tales causas y métodos puedan ser calificados de legales

El Tribunal ha manifestado, en relación con los incisos 2 y 3 del artículo 7 de la Convención, relativo a la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, que: según el primero de tales supuestos normativos [artículo 7.2 de la Convención] nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto [artículo 7.3 de la Convención], se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.⁹ (*Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*).

6. Libertad personal. Es inconveniente la detención que resulte contraria a la Constitución y/o a la ley nacional que establezca los requisitos de los arrestos y detenciones

El artículo 7.2 de la Convención Americana establece que "nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas". El Tribunal interamericano ha considerado que al remitir a la Constitución y leyes establecidas "conforme a ellas", el estudio de la observancia del artículo 7.2 de la Convención implica el examen del cumplimiento de los requisitos establecidos en dicho ordenamiento. Si la normativa interna no es observada al privar a una persona de su libertad, tal privación será ilegal y contraria a la Convención Americana,¹⁰ a la luz del artículo 7.2. La tarea de la Corte, por con-

⁹ *Cfr.* Caso Tibi; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri y Caso Maritza Urrutia.

¹⁰ *Cfr.* Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador; y, Caso Yvon Neptune vs. Haití.

siguiente, es verificar si la detención del procesado se realizó tanto conforme a la CADH, como conforme a la legislación nacional. (Caso *Bayarri vs. Argentina*; Caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*).

7. Libertad personal. Es inconvencional su restricción (por militares) cuando no está acreditada la flagrancia ni existe orden judicial de Juez competente

En el caso *Escué Zapata*, la CIDH estimó que de las pruebas aportadas por las partes y considerando la confesión del Estado, se tiene por probado que el 1 de febrero de 1988, en horas de la noche, miembros del Ejército Nacional, sin orden de detención ni de allanamiento o comprobada situación de flagrancia, detuvieron al señor Escué Zapata. Por lo anterior, la Corte consideró que el señor Escué Zapata fue detenido ilegalmente por miembros del Ejército Nacional y ejecutado momentos más tarde por sus captores, no siendo necesario, por ende, determinar si la víctima fue trasladada sin demora ante la autoridad judicial competente; si fue informada de los motivos de su detención; y mucho menos definir si el acto de detención fue irrazonable, imprevisible o carente de proporcionalidad. Para la CIDH, evidentemente, la detención del señor Escué Zapata constituyó un acto ilegal, no fue ordenada por autoridad competente y el fin de la misma no era ponerlo a disposición de un Juez u otro funcionario autorizado por la ley, sino ejecutarlo, por lo que su detención fue de carácter manifiestamente ilegal, contrario a los términos del artículo 7.1 y 7.2 de la Convención.¹¹ (Caso *Escué Zapata vs. Colombia*; Caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*).

8. Libertad personal. La orden judicial que justifique su restricción requiere ser previa a la detención, salvo el supuesto de flagrancia

En el caso *Chaparro Álvarez*, la Corte observó que la detención de dicha persona estuvo precedida por una orden de detención emitida dentro de una investigación

¹¹ *Cfr.* Caso *Gangaram Panday*. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 51, y Caso *La Cantuta*.

criminal por una Jueza competente, es decir, en concordancia con las disposiciones de derecho interno señaladas anteriormente. Por ello, en este punto consideró que no se violó el artículo 7.2 de la Convención Americana en perjuicio de la víctima. Sin embargo, en lo que respecta al señor Lapo, la Corte destacó que la boleta de detención en su contra tiene fecha de 15 de noviembre de 1997, el mismo día en que fue detenido, y que la orden de detención de la Jueza tiene fecha de 18 de noviembre de 1997, tres días después de la detención. Para la CIDH, tales irregularidades le impidieron establecer la existencia de una autorización judicial previa a la detención del señor Lapo que cumpliera con la legislación interna, aunado a que el Estado tampoco dio una explicación razonable a esos efectos. Por ello, la Corte encontró al Ecuador responsable por la violación al artículo 7.2 de la Convención en perjuicio del señor Lapo. (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*).

9. Libertad personal. Una persona detenida en flagrancia debe ser llevada sin demora ante la autoridad judicial, a fin de comparecer personalmente y rendir declaración ante el Juez o autoridad competente

Conforme al artículo 7.5 de la Convención y de acuerdo con los principios de control judicial e intermediación procesal, para la CIDH, la persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un Juez o autoridad judicial competente. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y de otros derechos, como la vida y la integridad personal. Para el Tribunal, el simple conocimiento judicial de que una persona está detenida no satisface esa garantía; ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir declaración ante el Juez o autoridad competente.¹² (Caso *López Álvarez vs. Honduras*).

10. Libertad personal. En la detención se deben informar los hechos y bases jurídicas esenciales en los que aquélla está sustentada

La Corte, en el caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, estableció que la información de los "motivos y razones" de la detención debe darse "cuando ésta se

¹² Cfr. Caso García Asto y Ramírez Rojas; Caso Palamara Iribarne y Caso Acosta Calderón.

produce", lo cual "constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo".¹³ Adicionalmente, para la CIDH, el derecho a ser informado de los motivos de la detención permite al detenido impugnar la legalidad de la misma, haciendo uso de los mecanismos legales que todo Estado debe ofrecer, en los términos del artículo 7.6 de la Convención. La información sobre los motivos y razones de la detención necesariamente supone informar, en primer lugar, de la detención misma. La persona detenida debe tener claro que está siendo detenida. En segundo lugar, el agente que lleva a cabo la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención. Sin que se satisfaga el artículo 7.4 de la Convención si sólo se menciona la base legal. (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*; Caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*).

11. Libertad personal. Corresponde al Estado la carga de la prueba de que se informó al afectado de los hechos y motivos de la detención

En el caso *Chaparro*, la Comisión y los representantes sostienen que dicho individuo sostuvo que no fue informado que estaba siendo detenido y que únicamente le dijeron que debía acompañar a los agentes de policía para hacer una declaración. El Estado se limitó a rechazar en términos generales estos hechos sin aportar o hacer referencia a pruebas concretas. En suma, la prueba disponible para el Tribunal sobre estos hechos era escasa. Bajo esas circunstancias, la CIDH estimó que la víctima no tenía ningún mecanismo a su alcance que le posibilitara probar ese hecho. Su alegación es de carácter negativo, señala la inexistencia de un hecho. El Estado, por su lado, sostuvo que la información de las razones de la detención sí se produjo. Esta es una alegación de carácter positivo y, por ello, susceptible de prueba. Además, la CIDH consideró que "en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la

¹³ *Cfr.* Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.

cooperación del Estado",¹⁴ por lo cual llegó a la conclusión de que la carga probatoria en este punto corresponde al Estado. En consecuencia, la Corte consideró que el Estado no probó que sus autoridades informaron al señor Chaparro de los motivos y razones de su detención, lo que constituye una violación del artículo 7.4 de la Convención y, por ser también contrario a la ley interna, del artículo 7.2 del mismo tratado. (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*).

12. Libertad personal. Toda persona detenida debe ser notificada –por escrito– del cargo o cargos formulados contra ella

La primera obligación del artículo 7.4 de la Convención no especifica que la información que el detenido debe recibir tenga que ser escrita. Para la Corte, puede satisfacerse dicha obligación de manera oral, no así la segunda obligación del artículo 7.4 de la Convención, referente a la notificación, sin demora, del cargo o cargos formulados contra el detenido, la cual debe darse por escrito. Tomando en cuenta que esa información permite el adecuado derecho de defensa, es posible sostener que la obligación de informar a la persona sobre los motivos y las razones de su detención y acerca de sus derechos no admite excepciones y debe ser observado independientemente de la forma en que ocurra la detención. (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, Caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*; Caso *López Álvarez vs. Honduras*).

13. Libertad personal. La detención de una persona debe ser sometida sin demora a revisión judicial, inclusive en el supuesto de que aquélla se haya ejecutado en presencia de un Juez

La parte inicial del artículo 7.5 de la Convención dispone que la detención de una persona debe ser sometida sin demora a revisión judicial. Para la CIDH, el control

¹⁴ Caso Velásquez Rodríguez; Caso Zambrano Vélez y otros y Caso Comunidad Indígena Yakye Axa.

judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia.¹⁵ De la prueba aportada, la CIDH desprendió que las víctimas realizaron una primera declaración ante un fiscal el 19 de noviembre de 1997, esto es, 4 días después de su detención, y una declaración ante la Jueza el 11 de diciembre de 1997, 26 días después de ser detenidos. Conforme a la jurisprudencia de la Corte, no puede considerarse que la declaración de las víctimas ante el fiscal cumpla con el derecho consagrado en el artículo 7.5 de la Convención de ser llevado ante un "juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales".¹⁶ Por otro lado, la Corte no aceptó el argumento estatal referente a que se cumplió con el artículo 7.5 puesto que la Jueza de la causa estuvo presente al momento de las detenciones y ejerció un control judicial directo, dando a entender que no había necesidad de llevar a las víctimas nuevamente ante ella. Aún cuando la presencia de la Jueza podría calificarse como una garantía adicional, no es suficiente por sí misma para satisfacer la exigencia del artículo 7.5 de "ser llevado" ante un Juez. La autoridad judicial debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad. En el presente caso, la CIDH estimó que no existía evidencia de que eso haya ocurrido, lo cual generó que resolviera que la duración de la detención del señor Chaparro haya sobrepasado el máximo legal permitido, vulnerándose así el artículo 7.2 de la Convención, y que no fue llevado ante un Juez "sin demora", en violación del artículo 7.5 de la Convención. (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*).

¹⁵ Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 96; Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 66, y Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 129.

¹⁶ Cfr. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 119.

14. Libertad personal. Nadie puede ser sometido a detención arbitraria, lo que implica que el arresto de una persona debe estar fundado en ley, y dicha ley debe cumplir los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica

La Corte ha establecido que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.¹⁷ La Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que, si bien cualquier detención debe llevarse a cabo de conformidad con los procedimientos establecidos en la ley nacional, es necesario además que la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con la Convención.¹⁸ El Comité de Derechos Humanos ha precisado que no se debe equiparar el concepto de "arbitrariedad" con el de "contrario a ley", sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las "garantías procesales". Para la CIDH, ello conduce a establecer que la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita debe ser no solo lícita sino además razonable en toda circunstancia.¹⁹ En suma, la CIDH ha determinado que no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la

¹⁷ *Cfr.* Caso Gangaram Panday *vs.* Suriname. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47.

¹⁸ *Cfr.* ECHR, Case of Kemmache *vs.* France, Judgment of 24 November 1994, para. 37. El Tribunal Europeo señaló lo siguiente: The Court reiterates that the words "in accordance with a procedure prescribed by law" essentially refer back to domestic law; they state the need for compliance with the relevant procedure under that law. However, the domestic law must itself be in conformity with the Convention, including the general principles expressed or implied therein. The notion underlying the term in question is one of fair and proper procedure, namely that any measure depriving a person of his liberty should issue from and be executed by an appropriate authority and should not be arbitrary (see the Winterwerp *vs.* the Netherlands judgment of 24 October 1979, Series A no. 33, pp. 19-20, para. 45).

¹⁹ *Cfr.* Comité de Derechos Humanos, Caso Albert Womah Mukong *vs.* Camerún, (458/1991), 21 de julio de 1994, Doc. ONU CCPR/C/51/D/458/1991, párr. 9.8.

libertad sea compatible con la Convención;²⁰ ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional,²¹ y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales,²² de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención.²³ (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*; Caso *López Álvarez vs. Honduras*).

III. LIBERTAD PERSONAL Y PRISIÓN PREVENTIVA

1. Libertad personal. Requisitos de validez de su restricción a través de la prisión preventiva

La CIDH ha interpretado que, en ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia.²⁴ De esta

²⁰ *Cfr.* Caso *Servellón García y otros y Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 111.

²¹ *Cfr.* Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 197, y Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 106.

²² *Cfr.* Caso "Instituto de Reeduación del Menor" *vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 228.

²³ *Cfr.* Caso *García Asto y Ramírez Rojas*.

²⁴ *Cfr.* Caso *Acosta Calderón*; Caso *Tibi* y Caso *Ricardo Canese*.

forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención. (Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*).

Dichas condiciones se concretaron aún más en el caso *Chaparro Álvarez*, en donde la CIDH señaló que la restricción de la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga.²⁵ En el mismo sentido, la Corte Europea ha señalado que "la razonabilidad de las sospechas sobre las que se debe fundar una detención constituye un elemento especial de la garantía ofrecida por el artículo 5.1 del Convenio Europeo contra las privaciones de libertad arbitrarias", añadiendo que "[la existencia] de sospechas razonables presupone la [...] de hechos o información capaces de persuadir a un observador objetivo de que el encausado puede haber cometido una infracción".²⁶ Para la Corte Interamericana, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. La CIDH de allí dedujo que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente, en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.²⁷ En el caso concreto, la CIDH estimó que en el auto que ordenó la prisión preventiva de las víctimas no consta una descripción, aunque sea somera, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar

²⁵ Caso Servellón García y otros.

²⁶ *Cfr.* ECHR, Case Fox, Campbell y Hartley vs. United Kingdom, Judgment of 30 August 1990: The "reasonableness" of the suspicion on which an arrest must be based forms an essential part of the safeguard against arbitrary arrest and detention which is laid down in Article 5 § 1 (c) (art. 5-1-c). The Court agrees with the Commission and the Government that having a "reasonable suspicion" presupposes the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence. What may be regarded as "reasonable" will however depend upon all the circumstances.

²⁷ *Cfr.* Caso Servellón García y otros y Caso Acosta Calderón.

en que el señor Lapo supuestamente cometió el ilícito, ni la indicación de la acción u omisión atribuida que precise los elementos que caractericen la imputación. Para la CIDH, en lo que respecta al señor Chaparro, la autoridad judicial no fundamentó las razones por las cuales creía que su prisión preventiva era indispensable para "garantizar la inmediación" del acusado o para permitir el desarrollo del procedimiento. Además, no se señaló el tipo penal supuestamente infringido por las dos víctimas. Por consiguiente, para el Tribunal, la prisión preventiva dictada contra los señores Chaparro y Lapo fue arbitraria. (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*).

2. Libertad personal. La prisión preventiva es una medida cautelar, no una pena, por lo que su aplicación debe ser excepcional y su temporalidad limitada, máxime que está sujeta a los principios de legalidad, proporcionalidad y presunción de inocencia

El Tribunal interamericano ha observado que la prisión preventiva "es la medida más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito, por lo cual su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática",²⁸ pues "es una medida cautelar, no punitiva".²⁹ El artículo 7.5 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda persona detenida en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Este derecho impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva, y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso mediante este tipo de medida cautelar. En tal sentido, la CIDH ha determinado que cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su

²⁸ Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 74; Caso Servellón García y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 88; y, Caso Yvon Neptune vs. Haití.

²⁹ Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador; Caso Yvon Neptune vs. Haití.

comparencia al juicio, distintas a la privación de su libertad mediante encarcelamiento. (Caso *Bayarri vs. Argentina*). No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos.³⁰ (Caso "*Instituto de Reeducación del Menor*" *vs. Paraguay*; Caso *López Álvarez vs. Honduras*).

3. Libertad personal. Inconvencionalidad de la prisión preventiva cuando sea determinada en abstracto por el tipo de delito que se impute el individuo, ya que aquélla debe justificarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto

En el caso *López Álvarez*, la CIDH determinó que pese a que el artículo 93 de la Constitución de Honduras determina que "[a]ún con auto de prisión, ninguna persona puede ser llevada a la cárcel ni detenida [...], si otorga caución suficiente", el artículo 433 del Código de Procedimientos Penales sólo permitía la concesión de dicho beneficio en el supuesto de delitos que "no merezca[n] pena de reclusión que pase de cinco años". La pena aplicable por tráfico ilícito de drogas, del que se acusó a la presunta víctima, era de 15 a 20 años de reclusión. En razón de ello, el Tribunal interamericano señaló que la privación de la libertad a que fue sometido el señor Alfredo López Álvarez fue también consecuencia de lo dispuesto en la legislación procesal penal. Para el Tribunal, dicha legislación ignora la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justifique en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo. (Caso *López Álvarez vs. Honduras*).

³⁰ *Cfr.* Caso Suárez Rosero. En el mismo sentido, *cfr.* Regla 13.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985; y Regla 17 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990.

4. Libertad personal. Inconvencionalidad de la prisión preventiva cuando opera como "regla general", y no como "excepción", lo que se demuestra cuando la libertad condicional procede como "beneficio" en casos limitados

En el caso *Palamara Iribarne*, la Corte valoró que en la jurisdicción militar chilena, la prisión preventiva procede como regla y no como excepción. De las normas del Código de Justicia Militar y del Código Procesal Penal aplicado al señor Palamara Iribarne que regulan la prisión preventiva se desprende que al momento de emitir el auto de procesamiento el Juez puede conceder la excarcelación al procesado sin caución alguna cuando "el delito de que se trata está sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de la libertad de duración no superior a la de presidio menor en su grado mínimo". Es decir, la libertad condicional es un "beneficio" que el Juez puede otorgar al procesado cuando se reúnen ciertos requisitos exigidos por la ley, partiendo de la premisa de la privación de su libertad como regla. Para la CIDH, la interpretación de la normativa interna realizada por las autoridades militares en el presente caso, supuso que dicha medida cautelar restrictiva de la libertad personal, no revistiera, como lo exige la Convención, carácter excepcional. Por el contrario, al dictar prisión preventiva sin tener en cuenta los elementos legales y convencionales para que ésta procediera, el Estado no respetó el derecho a la presunción de inocencia del señor Palamara Iribarne, debido a que, tal como surge de los hechos del caso, no desvirtuó dicha presunción a través de la prueba suficiente sobre la existencia de los requisitos que permitían una restricción a su libertad. Al respecto, el Tribunal tuvo en cuenta que la perito Horvitz afirmó que el procesamiento de una persona conforme al proceso penal militar supone "de modo automático la prisión preventiva del imputado en los delitos graves y menos graves". (Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*).

5. Libertad personal. La validez de la prisión preventiva tratándose de niños, precisa de criterios normativos más rigurosos, pues son posibles medidas alternativas menos restrictivas de aquélla

Para la CIDH, en el caso de privación de libertad de niños, la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la

aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva. Dichas medidas pueden ser la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa, así como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, los programas de enseñanza y formación profesional, y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones.³¹ En tal sentido, el Tribunal ha considerado que la aplicación de estas medidas sustitutorias tiene la finalidad de asegurar que los niños sean tratados de manera adecuada y proporcional a sus circunstancias y a la infracción (Caso "*Instituto de Reeducción del Menor*" vs. *Paraguay*).

6. Libertad personal. La prisión preventiva tratándose de niños, debe dictarse durante el plazo más breve posible

Para el Tribunal interamericano, cuando se estime que la prisión preventiva es procedente en el caso de niños, ésta debe aplicarse siempre durante el plazo más breve posible, tal como lo establece el artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone que los Estados Partes velarán porque: Ningún niño debe ser privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. (Caso "*Instituto de Reeducción del Menor*" vs. *Paraguay*).

7. Libertad personal. Existe la obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentra privado de su libertad tratándose de la aplicación de la prisión preventiva

El artículo 7.5 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda persona detenida en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Para la CIDH, este derecho impone, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia

³¹ Cfr. Artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad. En el caso *Bayarri*, la CIDH estimó que la prisión preventiva a que fue sometido la víctima excedió los límites de lo razonable. En efecto, la CIDH consideró que en dicho asunto las autoridades judiciales impusieron al señor Bayarri una medida cautelar de prisión preventiva, ordenada mediante resolución de 20 de diciembre de 1991 y confirmada en apelación el 20 de febrero de 1992. Esta medida se prolongó hasta el 1 de junio de 2004 cuando fue ordenada su libertad "al absolver[lo] libremente de culpa y de cargo". En total, el señor Bayarri permaneció aproximadamente 13 años en prisión preventiva. El Tribunal ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Sin embargo, las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. No obstante lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el periodo de la detención ha excedido el límite de lo razonable. En este caso, el Tribunal entiende que la Ley No. 24.390 establecía el límite temporal máximo de tres años luego del cual no puede continuar privándose de la libertad al imputado. Resulta claro que la detención del señor Bayarri no podía exceder dicho plazo. La Corte consideró que la duración de la prisión preventiva impuesta al señor Bayarri no sólo sobrepasó el límite máximo legal establecido, sino fue a todas luces excesiva. El Tribunal no encontró razonable que la presunta víctima haya permanecido 13 años privado de la libertad en espera de una decisión judicial definitiva en su caso, la cual finalmente lo absolvió de los cargos imputados. El Tribunal resaltó que, además, el Juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. El Tribunal señaló que en cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe. Tomando en cuenta lo anterior, la Corte consideró que el Estado violó el derecho del señor Bayarri a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, de conformidad con el artículo 7.5, 7.2 y 7.1 de la Convención Americana. (Caso *Bayarri vs. Argentina*).

8. Libertad personal. La CADH prevé el derecho a impugnar ante un Juez o Tribunal el acto que la restringe, por lo que es inconvencional si el competente para resolver recurso respectivo es una autoridad administrativa

El artículo 7.6 de la Convención es claro al disponer que la autoridad que debe decidir la legalidad del "arresto o detención" tiene que ser "un juez o tribunal". Para la CIDH, con ello la Convención está resguardando que el control de la privación de la libertad sea judicial. En el caso concreto, el Tribunal indicó que el alcalde, aún cuando pueda ser competente por ley, no constituye una autoridad judicial. Conforme a la propia Constitución ecuatoriana, el alcalde es una autoridad del "régimen seccional", en otras palabras, hace parte de la Administración. La Corte advirtió que las resoluciones denegatorias del alcalde podían ser apeladas ante el Tribunal Constitucional, autoridad que sí ejerce un control judicial; sin embargo, consideró que el Estado, al exigir que los detenidos tengan que apelar las resoluciones del alcalde para que su caso sea conocido por una autoridad judicial, está generando obstáculos a un recurso que debe ser, por su propia naturaleza, sencillo. Además, la ley establecía que era deber del alcalde resolver el recurso en 48 horas y, en el mismo plazo, remitir lo actuado al Tribunal Constitucional si éste así lo requería, lo cual significaba que el detenido debía esperar al menos 4 días para que el Tribunal Constitucional conociera su asunto. Por lo anterior y teniendo en cuenta el allanamiento del Estado, la Corte declaró que el Ecuador violó el artículo 7.6 de la Convención, en relación con el artículo 2 de la misma, en perjuicio del señor Lapo, lo que, a su vez, representa una violación de su derecho a la libertad personal, consagrado en el artículo 7.1 de la Convención, en relación con el deber de garantía consagrado en el artículo 1.1 de la misma. (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*; Caso *López Álvarez vs. Honduras*; Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*).

9. Libertad personal. La CADH prevé el derecho a un recurso judicial sencillo, efectivo y sin demoras para impugnar los actos que la restringen (habeas corpus y amparo)

En uno de los asuntos de su conocimiento, la Corte resaltó que la Corte Superior demoró 31 días en resolver el recurso del señor Lapo y 9 días en resolver el recurso

del señor Chaparro, lo que, a su juicio, no se ajustó al término "sin demora" contenido en el artículo 7.6 de la Convención. Por lo anterior, el Tribunal consideró que el Estado violó el artículo 7.6 de la Convención en perjuicio de los señores Chaparro y Lapo y, por ello, su derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7.1 de la Convención, en relación con el deber de garantía consagrado en el artículo 1.1 de la misma. (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*). En relación con el derecho de todo detenido a recurrir ante un Juez o tribunal competente, consagrado en el artículo 7.6 de la Convención, la Corte ha considerado que "los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática".³² En este sentido, las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquéllas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías.³³ Estas garantías, que tienen como fin evitar la arbitrariedad y la ilegalidad de las detenciones practicadas por el Estado, se ven además reforzadas por la condición de garante del Estado, en virtud de la cual, como ya lo ha señalado anteriormente la Corte, "tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas con lo que suceda al detenido".³⁴ Quien es privado de libertad sin control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un Juez.³⁵ (Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*; Caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*; Caso *López Álvarez vs. Honduras*; Caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*; Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*).

³² El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías y Caso Durand y Ugarte.

³³ Garantías Judiciales en Estados de Emergencia.

³⁴ Caso Bulacio; Caso Juan Humberto Sánchez; Caso Durand y Ugarte. En ese mismo sentido, cfr. Case of Aksoy vs. Turkey, Eur. Court HR, Case of Salman vs. Turkey, Judgment of 27 June 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-VI, paras. 98-99; Eur. Court HR, Case of Timurtas vs. Turkey, Judgment of 13 June 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-VI, para. 82; Eur. Court HR, Case of Selmouni vs. France, Judgment of 28 July 1999, Reports of Judgments and Decisions 1999-V, para. 87; Eur. Court HR, Case of Ribitsch vs. Austria, Judgment of 4 December 1995, Series A No. 336, para. 34; y Eur. Court HR, Case of Case of Tomasi vs. France, Judgment of 27 August 1992, Series A No. 214-A, paras. 108 a 111.

³⁵ Cfr. Caso Acosta Calderón; Caso Tibi y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri.

10. Libertad personal. Inconvencionalidad de la ley nacional que excluye de control judicial las detenciones sustentadas en determinados delitos (terrorismo)

La Corte apreció que el Decreto Ley No. 25.659 de 1992, vigente al momento en que se llevaron a cabo los procesos contra las supuestas víctimas, denegaba en su artículo 6 la posibilidad de presentar acciones de garantía por parte de las personas involucradas en casos de terrorismo o traición a la patria. Dicha norma fue modificada por el Decreto Ley No. 26.248, promulgado el 25 de noviembre de 1993 que permitió, en principio, la interposición de acciones de garantía en favor de implicados en delitos de terrorismo. El texto de la norma modificada estableció, *inter alia*, que el "Juez Penal Especializado de Terrorismo e[ra] competente para conocer la Acción de Hábeas Corpus, [y] en su defecto, el Juez Penal ordinario". Sin embargo, la norma modificada establecía que "no [eran] admisibles [dichas acciones de hábeas corpus] sustentadas en los mismos hechos o causales, materia de un procedimiento en trámite o resuelto". El Tribunal ha considerado que "los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 [de la Convención] y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática".³⁶ La CIDH también ha establecido que la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos.³⁷ En este sentido, la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a una persona en estado de indefensión. El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.³⁸ La vigencia del artículo 6 del Decreto Ley No. 25.659 en el

³⁶ El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 42; y *cf.* Caso Acosta Calderón; Caso Tibi; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 33.

³⁷ *Cfr.* Caso Acosta Calderón; Caso Tibi y Caso "Instituto de Reeducción del Menor".

³⁸ *Cfr.* Caso Acosta Calderón; Caso Tibi y Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 194.

momento en que el señor Wilson García Asto fue detenido, y durante la tramitación del primer proceso seguido en su contra, vedaba jurídicamente la posibilidad de interposición de acciones de hábeas corpus. (Caso *García Asto y Ramírez Rojas*).

11. Libertad personal. El detenido tiene derecho a notificar a una tercera persona (familiar o abogado) de lo ocurrido

Para la CIDH, el detenido tiene también derecho a notificar lo ocurrido a una tercera persona, por ejemplo a un familiar o a un abogado. En este sentido, la Corte ha señalado que "[e]l derecho de establecer contacto con un familiar cobra especial importancia cuando se trat[a] de detenciones de menores de edad".³⁹ Esta notificación debe ser llevada a cabo inmediatamente por la autoridad que practica la detención⁴⁰ y, cuando se trate de menores de edad, deben adoptarse, además, las providencias necesarias para que efectivamente se haga la notificación. En el caso en análisis, la CIDH tuvo por acreditado que ni Rafael Samuel ni Emilio Moisés Gómez Paquiyauri, al momento de su detención, ni sus familiares, fueron informados de los motivos de ésta, de las conductas delictivas que se les imputaban y de sus derechos como detenidos, todo lo cual, a juicio del Tribunal, actualizó una violación del artículo 7.4 de la Convención, en perjuicio de Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri. (Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*).

12. Libertad personal. Es inconveniente la detención masiva o razzias bajo argumentos de riesgos de la seguridad pública, ante la inexistencia de indicios de la comisión de un delito

El Tribunal entiende que la detención colectiva puede representar un mecanismo para garantizar la seguridad ciudadana cuando el Estado cuenta con elementos para acreditar que la actuación de cada una de las personas afectadas se encuadra en alguna de las causas de detención previstas por sus normas internas en concordancia con la Convención. Es decir, que existan elementos para individualizar y

³⁹ Caso Bulacio.

⁴⁰ *Cfr.* Caso Bulacio, y El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 106.

separar las conductas de cada uno de los detenidos y que, a la vez, exista el control de la autoridad judicial. Por ello, una detención masiva y programada de personas sin causa legal, en la que el Estado detiene masivamente a personas que la autoridad supone que podrían representar un riesgo o peligro a la seguridad de los demás, sin indicios fundados de la comisión de un delito, constituye una detención ilegal y arbitraria. En concordancia con ello, en el *Caso Bulacio* la Corte estableció que las *razzias* son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, la presunción de inocencia, la existencia de orden judicial para detener –salvo en hipótesis de flagrancia– y la obligación de notificar a los encargados de los menores de edad.⁴¹ En el caso de su conocimiento, la Corte consideró que la detención de las víctimas en este caso constituyó una detención colectiva y programada, en la que aproximadamente 128 personas fueron detenidas, sin orden de detención y sin haber sido aprehendidas en flagrante delito, y que fue realizada con la declarada finalidad de evitar disturbios durante los desfiles que se realizarían para celebrar el Día de la Independencia Nacional. En suma, para la CIDH, las detenciones programadas y colectivas, las que no se encuentran fundadas en la individualización de conductas punibles y que carecen del control judicial, son contrarias a la presunción de inocencia, coartan indebidamente la libertad personal y transforman la detención preventiva en un mecanismo discriminatorio, por lo que el Estado no puede realizarlas, en circunstancia alguna. (*Caso Servellón García y otros vs. Honduras*).

IV. LIBERTAD PERSONAL Y PRISIÓN VITALICIA

1. Derecho a la vida. Efectos de su carácter inderogable e inalienable

La CIDH ha establecido que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos.⁴² De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido.

⁴¹ *Cfr.* Caso Bulacio.

⁴² *Cfr.* Caso de la Masacre de Pueblo Bello; Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 153; y Caso Myrna Mack Chang. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párr. 152.

En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo.⁴³ De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los derechos que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes.⁴⁴ En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable, así como el deber de impedir que sus agentes, o particulares, atenten contra el mismo.⁴⁵ En ese orden de ideas, para la CIDH, el objeto y propósito de la Convención, como instrumento para la protección del ser humano, requiere que el derecho a la vida sea interpretado y aplicado de manera que sus salvaguardas sean prácticas y efectivas (*effet utile*)⁴⁶ [Caso *Baldeón García vs. Perú*; Caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*; Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*].

2. Pena de muerte. Sus condiciones generales de validez

Al interpretar la cuestión de la pena de muerte en general, la Corte ha observado que el artículo 4.2 de la Convención permite la privación del derecho a la vida mediante la imposición de la pena de muerte en aquellos países en los cuales no está abolida. Es decir, la pena capital no es *per se* incompatible con la Convención Americana ni está prohibida por ella. Sin embargo, la Convención fija un número de limitaciones estrictas para la aplicación de la pena capital.⁴⁷ Primero, la aplicación de la pena de muerte debe estar limitada a los delitos comunes más graves y

⁴³ *Cfr.* Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144. En el mismo sentido, *cfr.* Eur.C.H.R., Nachova and others vs. Bulgaria [GC], nos. 43577/98 and 43579/98 Judgment of 6 July 2005, par. 94.

⁴⁴ *Cfr.* Caso de la Masacre de Pueblo Bello.

⁴⁵ *Cfr.* Caso de la Masacre de Pueblo Bello; y Caso 19 Comerciantes; Eur.C.H.R., Öneriyildiz vs. Turkey, no. 48939/99, Judgment of 30 November 2004, par. 71.

⁴⁶ *Cfr.* Caso Hilaire. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 80, párr. 83; Caso del Tribunal Constitucional. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 36; y Caso Ivcher Bronstein. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 37. En el mismo sentido, *cfr.* Eur.C.H.R., McCann and Others vs. the United Kingdom, Judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, pars. 146-147.

⁴⁷ *Cfr.* Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

no relacionados con agravios políticos.⁴⁸ Segundo, se debe individualizar la pena de conformidad con las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado.⁴⁹ Por último, la aplicación de la pena capital está sujeta a ciertas garantías procesales cuyo cumplimiento deberá ser estrictamente observado y revisado.⁵⁰ En especial, al abordar el tema de la aplicación de la pena capital en otros casos, la Corte ha sostenido que las referencias a los términos "arbitrariamente" en el artículo 4.1 de la Convención y a "los delitos más graves" en el artículo 4.2 tornan incompatible la imposición obligatoria de la pena capital con aquellas disposiciones en tanto la misma pena se aplica a conductas que pueden variar considerablemente y cuando no se restringe su aplicación a los delitos más graves.⁵¹ Asimismo, el Tribunal interamericano ha dicho que las disposiciones de la Convención respecto de la aplicación de la pena de muerte deben interpretarse conforme al principio *pro persona*, es decir, a favor del individuo,⁵² en el sentido de "limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que ésta se vaya reduciendo hasta su supresión final".⁵³ (Caso *Boyce y otros vs. Barbados*; Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*).

3. Derecho de gracia o indulto en caso de pena de muerte. Inconvencionalidad de su falta de previsión en el derecho nacional

Para la CIDH, los Estados miembros deben garantizar que toda persona condenada a muerte tenga derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena, máxime que el derecho de gracia forma parte del *corpus juris* internacional, en particular de la Convención Americana y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asimismo, para el Tribunal interamericano, de conformidad con el artículo 4.6 de la CADH, toda persona condenada a muerte tiene derecho

⁴⁸ *Cfr.* Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros *vs.* Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 106; Caso Raxcacó Reyes. *Cfr.* también Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

⁴⁹ *Cfr.* Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, y Caso Raxcacó Reyes.

⁵⁰ *Cfr.* Caso Fermín Ramírez.

⁵¹ *Cfr.* Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros.

⁵² *Cfr.* Caso 19 Comerciantes *vs.* Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 173.

⁵³ *Cfr.* Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros y Caso Raxcacó Reyes, *Cfr.* también Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos, de lo cual deriva que no se pueda aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente. En tal sentido, por ejemplo, la CIDH estimó que, al no estar establecida en el derecho interno atribución alguna para que un organismo del Estado tenga la facultad de conocer y resolver los recursos de gracia, y siendo esta la explicación de la denegatoria del recurso de gracia interpuesto por el señor Fermín Ramírez, el Estado incumplió las obligaciones derivadas del artículo 4.6 de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. (Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*; Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*).

4. Pena de muerte. Inconvencionalidad de las leyes nacionales que la prevén como única forma de castigo para el homicidio u otros delitos

La CIDH ha determinado que la privación intencional e ilícita de la vida de una persona (homicidio intencional o doloso, en sentido amplio) puede y debe ser reconocida y contemplada en la legislación penal bajo diversas categorías (tipos penales) que correspondan a la diferente gravedad de los hechos, tomando en cuenta los distintos elementos que pueden concurrir en ellos: especiales relaciones entre el delincuente y la víctima [*e.g.* infanticidio], móvil de la conducta [*e.g.* por recompensa o promesa de remuneración], circunstancias en la que ésta se realiza [*e.g.* con brutalidad], medios empleados por el sujeto activo [*e.g.* con veneno], etc. De esta forma, para la CIDH debe establecerse una graduación en la gravedad de los hechos, a la que corresponderá una graduación de los niveles de severidad de la pena aplicable. En tal sentido, por ejemplo, la Corte estimó que el artículo 2 de la Ley de Delitos Contra la Persona del Estado de Barbados establece que cuando se declara culpable de homicidio a una persona, esa persona será sentenciada a muerte, independientemente del modo en que se cometió el delito o el medio empleado, de forma que la ley nacional se limita a imponer, de modo indiscriminado, la misma sanción para conductas que pueden ser muy diferentes entre sí. Consecuentemente, la Corte consideró que el artículo 2 de la Ley de Delitos Contra la Persona de Barbados no limita la aplicación de la pena de muerte para los delitos más graves, en contravención con el artículo 4.2 de la Convención. (Caso *Boyce y otros vs. Barbados*).

5. Pena de muerte. Inconvencionalidad de las leyes nacionales que no distinguen entre los diferentes grados de culpabilidad del acusado ni toma en consideración las circunstancias particulares de cada delito

Para la CIDH, una pena de muerte obligatoria legalmente impuesta puede ser arbitraria cuando la ley no distingue entre los distintos grados de culpabilidad del acusado ni toma en consideración las circunstancias particulares de cada delito, máxime que ello no permite la aplicación de una pena menor teniendo en cuenta las características específicas del delito, la participación y culpabilidad del acusado, de manera que los tribunales no tienen facultad para individualizar la pena de conformidad con la información concerniente al delito y al acusado. En esa virtud, independientemente de las defensas disponibles para la determinación de una condena por homicidio y sin perjuicio de la posibilidad de solicitar al poder ejecutivo la conmutación de la pena de muerte, la Corte considera que la ley nacional impone de manera mecánica y genérica la aplicación de la pena de muerte para todo culpable de homicidio,⁵⁴ lo cual constituye una contravención de la prohibición de privar del derecho a la vida en forma arbitraria, reconocido en el artículo 4.1 de la Convención, ya que no permite la individualización de la pena de conformidad con las características del delito, así como la participación y culpabilidad del acusado.⁵⁵ (Caso *Boyce y otros vs. Barbados*; Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*).

6. Pena de muerte. Los Estados están imposibilitados para ampliar el catálogo de delitos que están sujetos a dicha sanción

La CIDH ha estimado que la lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar

⁵⁴ Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros *Cfr.* Caso Raxcacó Reyes.

⁵⁵ De igual manera, el Comité de Derechos Humanos ha resaltado en sus observaciones respecto de Barbados que "continúa preocupado por el hecho que las leyes de [Barbados] tornan obligatoria la imposición de la pena de muerte respecto de ciertos delitos, lo cual priva al juez de cualquier discreción para imponer una pena conforme a todas las circunstancias del caso". UNHRC, Considerations of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations on Barbados (Eighty-ninth session, 2007) CCPR/C/BRB/CO/3, May 11, 2007, párr. 9.

tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos.⁵⁶ Aún cuando la Convención no prohíbe expresamente la aplicación de la pena de muerte, las normas convencionales sobre ésta deben interpretarse en el sentido de "limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que ést[a] se vaya reduciendo hasta su supresión final".⁵⁷ Al interpretar el artículo 4.2 de la Convención Americana, el Tribunal advirtió que no es posible albergar duda alguna respecto de la prohibición absoluta contenida en esa disposición, según la cual ninguno de los Estados Partes puede disponer la aplicación de la pena de muerte respecto de delitos para los cuales no estuviese contemplada previamente por su legislación interna.⁵⁸ (Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*).

V. LA NECESIDAD DE QUE LA SCJN AJUSTE CRITERIOS SOBRE LIBERTAD PERSONAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

1. ¿Inconvencionalidad del arraigo domiciliario previsto en la Constitución mexicana?

La SCJN ha interpretado que la Constitución permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: i) en caso de *delito flagrante*, la norma suprema obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado ó incoado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, a fin de realizar la consignación respectiva; ii) en *casos urgentes tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un*

⁵⁶ *Cfr.* Caso Fermín Ramírez; Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 101; Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 174; Caso Durand y Ugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 69, y Caso Castillo Petruzzi y otros, supra nota 39, párrs. 89 y 204.

⁵⁷ *Cfr.* Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, y Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 57.

⁵⁸ *Cfr.* Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad del individuo; iii) mediante *orden de aprehensión* dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculpado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; iv) por virtud de *auto de formal prisión* dictado por el Juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, y v) tratándose de *sanciones por infracciones administrativas* se permite el arresto hasta por 36 horas.

Con esa base, el Pleno de la SCJN declaró inconstitucional el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua por prever el denominado "arraigo domiciliario" por tratarse de una forma de privación de la libertad en la fase de averiguación previa, cuando no hay integración del cuerpo del delito ni mucho menos está acreditada la probable responsabilidad del detenido; ello a pesar de que dicha institución tenga la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse. A ese respecto, la Corte interpretó, en su momento, que el arraigo penal viola las libertades personales y de tránsito de los individuos, porque dispone de dichos derechos fundamentales en la fase de averiguación previa, en que todavía no existen datos que conduzcan a la probable responsabilidad del individuo.⁵⁹

⁵⁹ ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: a) en caso de delito flagrante obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado ó incoado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, quien realizará la consignación; b) en casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad; c) mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculpado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; d) por virtud de auto de formal prisión dictado por el Juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición; y, e) tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto

Sin embargo, el Poder de Reforma revirtió dicha jurisprudencia y adicionó la Constitución nacional a efecto de reconocer el arraigo domiciliario como una forma válida de restricción de la libertad personal. Actualmente, el artículo 16 de la Constitución mexicana la regula en los términos siguientes:

hasta por 36 horas. Como se advierte, en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad. (Tesis XXII/2006. Pleno. Acción de inconstitucionalidad 20/2003.- Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua.- 19 de septiembre de 2005.- Mayoría de cinco votos; votaron en contra Genaro David Góngora Pimentel, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Cordero de García Villegas (Ausentes José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza).- Ponente: Juan Díaz Romero.- Secretario: Víctor Miguel Bravo Melgoza). **ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA LIBERTAD DE TRÁNSITO CONSGRADA EN EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.** Del citado precepto constitucional se advierte que la garantía de libertad de tránsito se traduce en el derecho que tiene todo individuo para entrar o salir del país, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, permiso o autorización, libertad que puede estar subordinada a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad criminal y civil. Ahora bien, tratándose del arraigo civil, las limitaciones o restricciones a la libertad de tránsito consisten únicamente en que el arraigado no puede abandonar el país o la ciudad de residencia, a menos que nombre un representante y otorgue garantía que responda de lo demandado, pero tal restricción no llega al extremo, como sucede en el arraigo penal, de impedir que salga de un inmueble, y menos aún que esté bajo la custodia y vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora de delitos. En ese sentido, tratándose del arraigo previsto en el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, si al arraigado se le impide salir de un inmueble es obvio que también le está prohibido salir del lugar donde se encuentre, lo que atenta contra su libertad de tránsito. (TESIS Núm. XXIII/2006. (PLENO). Acción de inconstitucionalidad 20/2003.- Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua.- 19 de septiembre de 2005.- Mayoría de cinco votos (Ausentes José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza); votaron en contra Genaro David Góngora Pimentel, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.- Ponente: Juan Díaz Romero.- Secretario: Víctor Miguel Bravo Melgoza). Ya con anterioridad, la 1a. Sala de la Corte había establecido que la orden de arraigo domiciliario prevista por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, antes y después de su reforma mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve, al obligar a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, trae como consecuencia la inmovilidad de su persona en un inmueble, por tanto, es un acto que afecta y restringe la libertad personal que puede ser susceptible de suspensión en términos de lo dispuesto en la Ley de Amparo, si para ello se cumplen los requisitos exigidos por la misma ley. **ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.** (No. Registro: 192,829. Jurisprudencia. Materia(s): Penal. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: X, Noviembre de 1999. Tesis: 1a./J. 78/99. Página: 55.

Art. 16. (...)

La autoridad judicial, a petición del ministerio público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el ministerio público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

(...).

Para la CIDH, la restricción de la libertad "es la medida más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito, por lo cual su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática",⁶⁰ pues "es una medida cautelar, no punitiva".⁶¹ De acuerdo con la jurisprudencia de la CIDH, en ocasiones excepcionales el Estado puede ordenar la restricción de la libertad, en forma preventiva, cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las

Contradicción de tesis 3/99. Entre las sustentadas por una parte, por los Tribunales Colegiados Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito y Primero del Décimo Octavo Circuito y, por otra, por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 20 de octubre de 1999. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Óscar Mauricio Maycott Morales. Tesis de jurisprudencia 78/99. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veinte de octubre de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza).

⁶⁰ Caso Acosta Calderón *vs.* Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 74; Caso Servellón García y otros *vs.* Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 88; y, Caso Yvon Neptune *vs.* Haití.

⁶¹ Caso Suárez Rosero *vs.* Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador; Caso Yvon Neptune *vs.* Haití.

investigaciones ni eludiré la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención. (Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*). Para la Corte Interamericana la restricción de la libertad personal antes de la sentencia condenatoria debe estar sustentada en causas justificadas y razonables, por lo que deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*).

Bajo esos parámetros, podríamos pensar que el arraigo domiciliario previsto en la Constitución mexicana no satisface las exigencias establecidas por la Convención Americana, en tanto que se tolera la restricción de la libertad personal en la fase indagatoria, es decir, cuando apenas se están integrando los indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga.

2. ¿Inconvencionalidad de la prisión preventiva prevista en el sistema jurídico mexicano?

La SCJN ha interpretado que conforme al artículo 20 constitucional, inmediatamente que el inculcado por un delito lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, *siempre y cuando no se trate de delitos graves respecto de los cuales la ley expresamente prohíba conceder este beneficio*; además, en caso de delitos no graves el juzgador podrá, a solicitud del Ministerio Público, negar la libertad provisional cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el representante social aporte elementos para establecer que la libertad del inculcado representa un riesgo para el ofendido o para la sociedad.⁶²

⁶² LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE

Como hemos desarrollado líneas arriba, para la CIDH resulta inconveniente que la prisión preventiva sea determinada en abstracto por el tipo de delito que se impute al individuo, ya que aquélla debe justificarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto (*Caso López Álvarez vs. Honduras*). Para el Tribunal, es inadmisibles que la legislación nacional ignore la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justifique en el caso concreto a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que *en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo*. (*Caso López Álvarez vs. Honduras*).

Al parecer, de manera contraria a los criterios de la CIDH, como se ha expuesto, el sistema jurídico mexicano otorga un tratamiento excepcional de la libertad provisional bajo caución; en otras palabras, la prisión preventiva opera como regla general, lejos de ser una excepción; máxime que el artículo 20 constitucional establece que siempre y en todos los casos debe dictarse prisión preventiva tratándose de los delitos graves, así calificados por la ley, sin importar las circunstancias fácticas respectivas.

LA FEDERACIÓN DE 18 DE JUNIO DE 2008). Conforme al citado precepto constitucional, inmediatamente que el inculcado lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio; además, en caso de delitos no graves el juzgador podrá a solicitud del Ministerio Público negar la libertad provisional cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el representante social aporte elementos para establecer que la libertad del inculcado representa un riesgo para el ofendido o para la sociedad. Así, la mencionada garantía del inculcado se rige por el principio de inmediatez, según el cual el juzgador debe acordar lo conducente a la brevedad; de manera que la fracción I del apartado A del artículo 20 de la Ley Fundamental debe interpretarse en el sentido de que una vez que el inculcado solicita al juez el beneficio indicado, éste deberá pronunciarse sobre su procedencia en un término de hasta veinticuatro horas, lo cual implica que una vez que el juzgador recibe tal solicitud, debe notificarla al representante social, quien podrá o no oponerse al beneficio solicitado, en los términos y con las condiciones a que se refiere el artículo citado, pero dentro del plazo otorgado al juzgador para emitir su pronunciamiento. En ese orden de ideas, se concluye que la determinación del juzgador respecto a la procedencia de la libertad provisional bajo caución no debe condicionarse al ejercicio de la facultad del Ministerio Público para solicitar que se niegue dicho beneficio, pues atento al señalado principio de inmediatez, la representación social también debe ajustar su actuación a la mecánica establecida por el constituyente para el ejercicio de la aludida garantía; de ahí que si bien la determinación del juez podrá recurrirse en los términos y modalidades que las normas prevén tanto para el inculcado como para el agente del Ministerio Público, éste debe aportar los medios de prueba que sustenten su solicitud, antes del dictado de aquélla. (Novena Época. Primera Sala. Tesis aislada CVI. Amparo en revisión 795/2008. 15 de octubre de 2008. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles).

3. ¿Inconvencionalidad de la prisión vitalicia reconocida en la jurisprudencia constitucional de la SCJN?

En octubre de 2001, la SCJN declaró que la pena de prisión vitalicia es inconstitucional por ser inhumana, cruel, infamante, excesiva y apartarse de la finalidad esencial de la pena establecida en el artículo 18 del propio ordenamiento, que es la readaptación social del delincuente, en los términos siguientes:

PRISIÓN VITALICIA. CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL. Si por pena inusitada, en su acepción constitucional, se entiende aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines punitivos; ha de concluirse que la prisión vitalicia o cadena perpetua es inusitada y, por tanto, prohibida por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que en la legislación mexicana la pena de prisión siempre ha tenido un límite determinado, por estimarse que cuando es de por vida es inhumana, cruel, infamante, excesiva y se aparta de la finalidad esencial de la pena establecida en el artículo 18 del propio ordenamiento, que es la readaptación social del delincuente. En efecto, la finalidad de la pena ha evolucionado a través del tiempo, pues ésta surgió en principio como una venganza privada en la que el ofendido aplicaba el castigo de acuerdo a la gravedad del daño causado; luego, como una venganza divina, pues el delito se consideraba como una ofensa a la divinidad; en el derecho griego, además, era intimidatoria; en el derecho romano constituyó una reacción pública, en razón de la ofensa; en el periodo científico, en Alemania, se estimó que el fin de la pena es una coacción psicológica, de donde surgió la teoría de la prevención general; para la escuela clásica la pena tiende a conservar el orden legal; para los positivistas la finalidad de la pena es un medio de defensa social; para la doctrina absolutista responde a la idea de justicia absoluta, esto es, que el bien merece el bien y que el mal merece el mal; para la doctrina relativa es el instrumento para asegurar la vida en sociedad; y la doctrina ecléctica propone que la pena pública puede tener los fines siguientes: reformar al delincuente, ser ejemplar, intimidatoria, correctiva, eliminatoria y justa. Ahora bien, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 18, segundo párrafo, después de analizar las iniciativas, dictámenes y discusiones de las reformas de que fue objeto, siempre ha sido como finalidad de la pena y garantía del sentenciado la readaptación social del delincuente sobre la base del trabajo,

la capacitación y la educación como medios para lograr ese fin; en consecuencia, si en la legislación mexicana no se encuentra prevista y sancionada como pena la cadena perpetua o prisión vitalicia, porque contraviene el fin último de la pena, que consiste en readaptar al delincuente para incorporarlo a la sociedad, es evidente que se trata de una pena inusitada, por tanto, es inconstitucional. (Registro No. 188542. Localización: Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XIV, Octubre de 2001. Página: 15. Tesis: P/J. 127/2001. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional, Penal. Contradicción de tesis 11/2001. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de octubre de 2001. Mayoría de seis votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Encargado del engrose: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras).

En febrero de 2006, la SCJN revirtió dicha jurisprudencia y reincorporó la prisión vitalicia al sistema jurídico mexicano, al interpretar que aquélla no constituye una pena prohibida por la Constitución, a partir de las razones siguientes:

PRISIÓN VITALICIA. NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. La acepción de pena inusitada a que se refiere el precepto constitucional citado se construye a tres supuestos: a) Que tenga por objeto causar en el cuerpo del sentenciado un dolor o alteración física; b) Que sea excesiva en relación con el delito cometido; que no corresponda a la finalidad que persigue la pena, o que se deje al arbitrio de la autoridad judicial o ejecutora su determinación al no estar prevista en la ley pena alguna exactamente aplicable al delito de que se trate; y, c) Que siendo utilizada en determinado lugar no lo sea ya en otros, por ser rechazada en la generalidad de los sistemas punitivos. En congruencia con lo anterior, se concluye que la pena de prisión vitalicia no se ubica en alguno de los referidos supuestos, ya que si bien inhibe la libertad locomotora del individuo, no tiene por objeto causar en su cuerpo un dolor o alteración física. En cuanto a lo excesivo de una pena, ello se refiere a los casos concretos de punibilidad, en los que existe un

parámetro para determinar si para ciertos delitos de igual categoría, el mismo sistema punitivo establece penas diametralmente diferentes, por lo que la pena indicada en lo general no se ubica en tal hipótesis, al no poder existir en abstracto ese parámetro; además, la prisión corresponde a la finalidad de la pena, pues ha sido reconocida como adecuada para el restablecimiento del orden social, sin que la característica de vitalicia la haga perder esa correspondencia, pues dicho aspecto se relaciona con su aplicación, mas no con el tipo de pena de que se trata. Por otra parte, es importante señalar que el hecho de que la prisión vitalicia no tenga como consecuencia que el reo se readapte a la sociedad, dado que éste no volverá a reintegrarse a ella, tampoco determina que sea una pena inusitada, toda vez que el Constituyente no estableció que la de prisión tuviera como única y necesaria consecuencia la readaptación social del sentenciado, ni que ese efecto tendría que alcanzarse con la aplicación de toda pena, pues de haber sido esa su intención lo habría plasmado expresamente. (No. Registro: 175,844. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional, Penal. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXIII, Febrero de 2006. Tesis: P./J. 1/2006. Página: 6).

Concretamente, la SCJN resolvió que *se equipara a prisión vitalicia la pena de prisión cuya duración rebasa ostensiblemente el tiempo de vida del ser humano*;⁶³ que, por tanto, la legislación penal que, a partir de la figura de concurso real de delitos, establece que un determinado delincuente podría estar privado de su libertad hasta por 105 años o más; establece una pena equiparable a una pena vitalicia o cadena perpetua, *ya que rebasa ostensiblemente las expectativas del promedio de vida*

⁶³ PRISIÓN VITALICIA. SE EQUIPARA A ÉSTA LA PENA DE PRISIÓN CUYA DURACIÓN REBASE OSTENSIBLEMENTE EL TIEMPO DE VIDA DEL SER HUMANO. La prisión vitalicia o cadena perpetua es la que se impone por una duración igual a la vida del delincuente; sin embargo, también lo es aquella cuya duración prolongada es tal que sería imposible que llegue a purgarse en su totalidad, al rebasar ostensiblemente el límite de vida del ser humano, pues aun en el supuesto de que el sentenciado pudiera tener derecho a determinados beneficios que en su caso establezca la legislación correspondiente, como el de la remisión de la pena, por una parte, tal circunstancia no se encuentra contemplada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino que es el legislador ordinario quien determina su regulación; y por la otra, no obstante la posible aplicación de esos beneficios, aún así el delincuente no estaría en condiciones de recobrar su libertad, dado lo prolongado de la pena en relación con la expectativa del promedio de vida. (Tesis XXI/2006. Acción de inconstitucionalidad 20/2003.- Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua.- 6 de septiembre de 2005.- Mayoría de seis votos; votaron en contra José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, Juan Díaz Romero, José de Jesús Gudiño Pelayo y Sergio A. Valls Hernández.- Ponente: Juan Díaz Romero.- Secretario: Víctor Miguel Bravo Melgoza).

*del ser humano.*⁶⁴ A pesar de llegar a dichas conclusiones, como hemos adelantado, la mayoría del Pleno de la SCJN resolvió que *la prisión vitalicia es acorde a la norma suprema, en tanto que no constituye una pena inusitada de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución.* A partir de esa premisa, la SCJN resolvió que tratándose del procedimiento de extradición, es innecesario que el Estado requirente se comprometa a inaplicar la prisión vitalicia.⁶⁵

Como se ha expuesto, el artículo 4.3 de la CADH dispone que: "No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido". La CIDH ha establecido una serie de exigencias a la previsión de la pena vitalicia y ha dejado claro que los Estados que la hubieren proscrito de su sistema jurídico no podrían

⁶⁴ PRISIÓN VITALICIA. LA ACUMULACIÓN MATERIAL DE PENAS ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 27 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE CHIHUAHUA, EQUIVALE A UNA PENA DE TAL NATURALEZA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 28 DE AGOSTO DE 2003). El citado precepto, en su primer párrafo, establece los límites para la imposición de penas privativas de la libertad, que van de 3 meses como mínima a 60 años como máxima, pero en su segundo párrafo prevé que tratándose del delito de homicidio doloso en perjuicio de mujeres o de menores de edad, o del delito de secuestro, deberá imponerse pena por cada delito cometido, aun cuando ello exceda el máximo de la sanción. Por su parte, el artículo 67 del Código Penal del Estado de Chihuahua, señala que cuando exista concurso real de delitos operará la acumulación material de penas, lo que significa que las penas impuestas por cada uno de los delitos cometidos se computarán sucesivamente. Atento a lo anterior, se concluye que si se aplican las penas correspondientes a los delitos indicados conforme a los artículos 194, 194 Bis, 194 Ter, 195, 195 Bis, 196 y 210, 229, 229 Bis, 230 y 230 Bis, todos del mencionado Código, el delincuente podría estar privado de su libertad hasta por 105 años o más, situación que se equipara a una pena vitalicia o cadena perpetua, ya que rebasa ostensiblemente las expectativas del promedio de vida del ser humano. (Tesis XX/2006. Acción de inconstitucionalidad 20/2003.- Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua.- 6 de septiembre de 2005.- Mayoría de seis votos; votaron en contra José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, Juan Díaz Romero, José de Jesús Gudiño Pelayo y Sergio A. Valls Hernández.- Ponente: Juan Díaz Romero.- Secretario: Víctor Miguel Bravo Melgoza).

⁶⁵ EXTRADICIÓN. LA PRISIÓN VITALICIA NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE CUANDO AQUÉLLA SE SOLICITA ES INNECESARIO QUE EL ESTADO REQUIRENTE SE COMPROMETA A NO APLICARLA O A IMPONER UNA MENOR QUE FIJE SU LEGISLACIÓN. De conformidad con el artículo 10, fracción V, de la Ley de Extradición Internacional, si el delito por el que se solicita la extradición es punible con la pena de muerte o alguna de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, acorde con las leyes de la parte requirente, la extradición no podrá concederse, a menos de que esta parte otorgue las seguridades suficientes de que aquéllas no se aplicarán, o que se impondrán las de menor gravedad que fije su legislación. En estas condiciones, si la pena de prisión vitalicia no es de las prohibidas por el referido precepto constitucional, es evidente que en los casos en que se solicite la extradición y el delito que se impute al reclamado sea punible en la legislación del Estado solicitante hasta con pena de prisión vitalicia, es innecesario exigirle que se comprometa a no imponerla o a aplicar una menor. (Tesis jurisprudencial 2/2006. (Pleno). Solicitud de modificación de jurisprudencia 2/2005-PL.- Presidente Mariano Azuela Güitrón, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Sergio A. Valls Hernández, Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.- 29 de noviembre de 2005.- Mayoría de seis votos; votaron en contra José Ramón Cossío Díaz, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza.- Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.- Secretarios: Rafael Coello Cetina y Alberto Díaz Díaz).

válidamente volver a establecerla dentro de sus sistemas jurídicos. Para la CIDH, aun cuando la Convención no prohíbe expresamente la aplicación de la pena de muerte, las normas convencionales sobre ésta deben interpretarse en el sentido de "limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que ést[a] se vaya reduciendo hasta su supresión final".⁶⁶ Al interpretar el artículo 4.2 de la Convención Americana, el Tribunal advirtió que no es posible albergar duda alguna respecto de la prohibición absoluta contenida en esa disposición, según la cual ninguno de los Estados Partes puede disponer la aplicación de la pena de muerte respecto de delitos para los cuales no estuviese contemplada previamente por su legislación interna.⁶⁷ (Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*).

De allí que pudiéramos pensar que, en forma inconvencional, la SCJN modificó la jurisprudencia que prohibía la prisión vitalicia, para sostener el criterio de que dicha pena (en abstracto y sin mayor requisito) es acorde a la Constitución nacional; además sin consideración alguna a los criterios de la Corte Interamericana, por lo que resulta indispensable revisar dichas decisiones antes de que el Estado mexicano sea declarado responsable internacionalmente por las razones apuntadas.

Pero no sólo es necesario que la SCJN ajuste sus criterios a la luz de la CADH, sino que es indispensable que otorgue coherencia a sus propias tesis. Nos explicamos. El Pleno de la SCJN ha reconocido jurisprudencialmente el *principio de proporcionalidad*, como método argumentativo para la solución de conflictos entre los derechos fundamentales y el orden público u otros derechos constitucionales, en el siguiente criterio:

GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.

De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y propor-

⁶⁶ *Cfr.* Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, y Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 57.

⁶⁷ *Cfr.* Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

cionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados. (Novena Época. Pleno. Jurisprudencia 130/2007).

En tal sentido, parece difícil la coexistencia de los criterios unánimes que han introducido el *principio de proporcionalidad* de las penas en materia criminal, con la sentencia mayoritaria que estima válidas las penas privativas de libertad de carácter vitalicio. Dicha inconsistencia se evidencia de la lectura del siguiente criterio:

LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA. El legislador en materia penal tiene amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, es decir, para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales del momento histórico respectivo; sin embargo, al configurar las leyes relativas debe respetar el contenido de diversos principios constitucionales, entre ellos los de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, a fin de que la aplicación de las penas no sea infamante, cruel, excesiva, inusitada, trascendental o contraria a la dignidad del ser humano, conforme a los artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por esa razón, el Juez constitucional, al examinar la constitucionalidad de las leyes penales, debe analizar que exista proporción y razonabilidad suficientes entre la cuantía de la pena y la gravedad del delito cometido, para lo cual debe considerar el daño al bien jurídico protegido, la posibilidad para individualizarla entre un mínimo y un máximo, el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo, la idoneidad del tipo y de la cuantía de la pena para alcanzar la prevención del delito, así como la viabilidad de lograr, mediante su aplicación, la resocialización del sentenciado. (No. Registro: 168,878. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional, Penal. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXVIII, Septiembre de 2008. Tesis: P./J. 102/2008. Página: 59).

En efecto, o el legislador tiene límites constitucionales y convencionales en su labor de cuantificación de las penas basados en el principio de proporcionalidad penal (*Estado material de derecho*); o bien, el legislador penal es ilimitado, y todo lo puede, en lo que concierne al establecimiento de la cuantía de las penas (*Estado formal de derecho*), por lo que podría disponer de (toda) la libertad de los individuos en el lapso de su vida (prisión vitalicia).⁶⁸

⁶⁸ Esta paradoja está enunciada en Silva Meza, Juan N.; Silva García, Fernando. *Derechos Fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009.



*Derecho a la seguridad personal:
prestación de servicios de seguridad
por particulares*

JAVIER CRUZ ANGULO NOBARA*

* Director de la Clínica de Interés Público del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

En épocas recientes hemos enfrentado un crecimiento exponencial de la criminalidad y un consecuente aumento en la sensación o sentimiento de inseguridad de los ciudadanos de todos los países del mundo, situación que ha convertido al tema de la seguridad pública en uno de los más importantes de las agendas nacionales. Como una reacción a esta situación nació y se consolidó la industria y el comercio de los equipos y servicios de protección y seguridad; la seguridad-protección se transformó en un bien de consumo ofrecido por empresarios especializados, que actúan conforme a las leyes del mercado moderadas, en general, por restricciones del derecho contractual y de la responsabilidad civil.¹

Como muestra de la importancia de este tema, el Comité de Asuntos Exteriores del Parlamento inglés ha externado su preocupación por la falta de regulación de las actividades de las empresas privadas de seguridad en su territorio, en su Informe de 20 de julio de 2008, consignaba que entre el 70% y el 85% de las empresas de seguridad privada internacionales tenían su sede en Inglaterra o Esta-

¹ Ocquetau, Frédéric, "Seguridad privada: un punto de vista francés en un panorama europeo", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Barcelona, España, núms. 6-7, junio-diciembre, 2000, p. 173.

dos Unidos, a pesar de lo cual no existe una reglamentación adecuada para esas empresas en Inglaterra; en el texto del informe se proponen tres vías para regular las actividades de estas empresas, las cuales son la autoregulación a través de asociaciones comerciales, regulación nacional a través del otorgamiento de licencias y que en la legislación se contemplen recursos para juzgar en Inglaterra a las empresas con sede en ese mismo país que cometan delitos graves en otros países en los que presten sus servicios.²

Es innegable que la seguridad privada es una actividad empresarial que mueve grandes cifras de dinero y que busca encontrar su espacio en un ámbito propio de las fuerzas y cuerpos de seguridad controlados por el Estado, lo que ha sido fuertemente criticado por la doctrina, que la considera como una clara privatización de la función pública más trascendente del Estado. Estas empresas, para ofrecer sus servicios a la mayor cantidad de clientes buscan legitimarse ante la opinión pública y ser reconocidas y reguladas por los sistemas jurídicos. Se puede considerar como un fenómeno que se ha consolidado tanto en el plano económico como social y que se ha incorporado al marco jurídico existente por lo que es indispensable establecer límites precisos para esta actividad, que debe requerir una habilitación expresa y las suficientes garantías en aquellas actuaciones que incidan en los derechos y libertades de los ciudadanos.³ En nuestro país, las empresas de seguridad privada surgieron en la década de los años ochenta para dar respuesta a la necesidad ciudadana de protección y actuar en las áreas que las fuerzas policiales no abarcan. Las empresas de seguridad privada son reguladas a partir de 1995 con la promulgación de la Ley que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, específicamente en su título IV.

La doctrina ha identificado dos elementos que han influido de forma evidente en el surgimiento y consolidación de la seguridad privada. El primero, es la falta de coordinación entre la oferta de seguridad del Estado y la demanda de protección de empresas y ciudadanos y ciudadanas con alto poder adquisitivo, que

² House of Commons, Foreign Affairs, *Ninth Report*, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmselect/cmfaff/533/53306.htm#a13>

³ Aguado I. Cudolà, Vicç, " La seguridad como sistema al servicio de la ciudadanía" *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Barcelona, España, núm. 17, diciembre, 2006, p. 29.

recurren al mercado para protegerse ante el crecimiento exponencial de los ataques a la propiedad y un aumento en la sensación de inseguridad. El segundo elemento es el dominio de la filosofía estadounidense sobre el "espacio defendible" y la "prevención situacional", cuyo objetivo teórico-práctico consiste en actuar en las zonas consideradas como objetivos vulnerables a ciertos riesgos estimados, reforzándolos y disuadiendo al delincuente racional mediante el cálculo de la relación costo-beneficio; este "referente" de la prevención de situaciones y su gestión pragmática se impuso y hoy complementa a la visión social de la prevención de la delincuencia y fue el vehículo idóneo para la legitimación y reconocimiento de los empresarios de la seguridad privada.⁴

La seguridad privada se caracteriza por ser un sector de actividad que actúa mediante mandato o por contrato de servicios, que suministra personal, equipos de protección y procedimientos de gestión de riesgos. Este sector se guía por una filosofía de acción que incluye la investigación, protección y disuasión con el objetivo de prevenir los riesgos de pérdidas de valores de sus clientes así como daños relacionados con su integridad física y su propiedad material e inmaterial. La relación entre la empresa y sus clientes es privada y se considera como un sector "semiautónomo" debido a que requiere de la aprobación y reconocimiento de los poderes públicos para prestar sus servicios.⁵

Si consideramos que la seguridad privada es una noción que se inserta en la de seguridad pública, se pone de relieve la necesidad de afirmar la responsabilidad pública del Estado sobre un ámbito tan sensible para los derechos de la ciudadanía y en definitiva se trata de afirmar la irrenunciable misión que tienen las administraciones públicas de protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas y el mantenimiento de la seguridad pública. La regulación y vigilancia de las empresas de seguridad privada impone deberes y obligaciones a los tres niveles de gobierno, en el ámbito de sus respectivas competencias.⁶

⁴ Ocquetau, Frédéric, *op. cit.*, nota 1, pp. 174-175.

⁵ *Ibidem*, p. 177.

⁶ Aguado I. Cudolà, Vicenç, *op. cit.*, nota 3, p. 30.

I. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Debido a que la seguridad privada es una actividad empresarial que mueve grandes cifras de dinero en todo el mundo y recientemente se ha visto involucrada en escándalos sobre graves violaciones a los derechos humanos en Sierra Leona e Iraq,⁷ ha sido regulada en varios países así como por la Unión Europea y objeto de preocupación de la Organización de las Naciones Unidas.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas también se ha pronunciado sobre las actividades de las empresas de seguridad privada en el marco del Tratado de la Unión Europea. El Tribunal considera que las empresas de seguridad privada no forman parte de la administración pública por lo que no se puede limitar su integración a ciertas formas societarias o empresariales, o sus actividades a causa de su nacionalidad o lugar de residencia, con base en las libertades de circulación de trabajadores, establecimiento y prestación de servicios que imperan en la Unión Europea; puesto que los Estados Partes sólo pueden reservar o limitar actividades que consideradas en sí mismas, estén relacionadas directa y específicamente con el ejercicio del poder público,⁸ supuesto en el que no se encuentran las empresas y el personal de seguridad privada, debido a que actúan sobre la base de relaciones privadas y que, conforme a la legislación nacional, no están investidos de poderes coactivos, la mera contribución al mantenimiento de la seguridad pública, a la cual puede contribuir cualquier individuo, no constituye un ejercicio del poder público y sus tareas están claramente limitadas, si bien en algunas situaciones pueden colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los Estados, esta actividad se puede considerar como auxiliar o secundaria.⁹

El Relator sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en su Informe de actividades de 2009 con-

⁷ Cronin, David, "Violations privatized away", *IPS News Net*, <http://www.ipsnews.net/news.asp?idnews=45726>

⁸ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Quinta, Sentencia de 29 de octubre de 1998, *Asunto C-114/97*; apartado 35, Sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners*, 2/74, Rec. p. 631, apartado 45, y de 13 de julio de 1993, *Thijssen*, C-42/92, Rec. p. I-4047, apartado 8.

⁹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Quinta, Sentencia de 29 de octubre de 1998, *Asunto C-114/97*; apartados 37 a 39.

sidera que los Estados tienen el deber de proteger a todas las personas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por terceros, lo que incluye a las empresas, mediante políticas, reglamentos y actuaciones procesales adecuadas y asegurar que las empresas no vulneren los derechos y asegurar el acceso de las víctimas a medios de reparación efectivos, tanto judiciales como extrajudiciales. Conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para impedir que las empresas vulneren los derechos de los individuos en su territorio o bajo su jurisdicción, investigar, sancionar y resarcir eficazmente las violaciones que se cometan.¹⁰

Esto ha sido claramente desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia. Por ejemplo, en sus decisiones sobre casos de Colombia relacionados con actividades paramilitares, ha determinado que la responsabilidad internacional de los Estados surge en el momento de la violación de las obligaciones generales de respetar y de asegurar la efectividad de los derechos humanos en cualquier circunstancia y respecto de toda persona, conforme a los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹¹

Conforme al artículo 1.1 de la Convención Americana, los Estados Parte tienen dos deberes fundamentales, que son respetar y garantizar los derechos humanos, de modo tal que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional en los términos previstos por la misma Convención y según el derecho internacional general. Es un principio de derecho internacional que el Estado responde por los actos y omisiones de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial, aun si actúan fuera de los límites de su competencia.¹² Para establecer que se ha pro-

¹⁰ Organización de las Naciones Unidas, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras empresas*, A/HRC/11/13/Add.1, 15 de mayo de 2009.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de la Rochela *vs.* Colombia, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163, párr. 67.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párr. 111; Caso de la "Masacre de Mapiripán" *vs.* Colombia, sentencia

ducido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios.¹³ Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención Americana,¹⁴ omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste.¹⁵

El Estado debe ser especialmente cuidadoso de esos deberes fundamentales cuando permite la colaboración y participación de los particulares en la realización de ciertas funciones, tales como patrullaje, empleo de armas de uso exclusivo de las fuerzas armadas o desarrollar actividades de inteligencia, las cuales son por lo general de competencia exclusiva del Estado. En estas condiciones, para la Corte Interamericana, el Estado adquiere una *especial función de garante*, por lo que es *directamente responsable*, tanto por acción como por omisión, de todo lo que hagan estos particulares en ejercicio de dichas funciones.¹⁶

Respecto a la obligación de garantía de los derechos, es necesario destacar que ésta se cumple de distintas maneras, tomando en cuenta el derecho que el Estado deba garantizar y sus necesidades de protección.¹⁷ Esto implica el deber de organizar todo el aparato gubernamental así como cualquier otra estructura a través

de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 108; y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri *vs* Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 72.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre de Pueblo Bello, *op. cit.* nota 12, párr. 112; y Caso de la "Masacre de Mapiripán", *op. cit.*, nota 12, párr. 110.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 19 Comerciantes *vs*. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 141, Caso Cantos *vs*. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 28; y Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros *vs* Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 66.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre de Pueblo Bello, *op. cit.*, nota 12, párr. 112; Caso de la "Masacre de Mapiripán", *op. cit.*, nota 12, párr. 110; y Caso 19 Comerciantes, *op. cit.*, nota 14, párr. 141.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre de la Rochela, *op. cit.*, nota 11, párr. 102.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la "Masacre de Mapiripán" *vs*. Colombia, *op. cit.*, nota 12, párrs. 111 y 113; Caso Perozo y otros *vs*. Venezuela, sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C No. 195 párr. 298, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, sentencia de 22 de Septiembre de 2009, Serie C No. 202, párr. 62 y *Caso González Banda y otras vs. México* (Campo Algodonero), sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párr. 236.

de la cual se manifieste el ejercicio del poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.¹⁸ Por esta razón, el Estado está en el deber jurídico de "prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido en su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, imponerles las sanciones pertinentes y reparar a la víctima adecuadamente".¹⁹

Recordemos que los Estados no están obligados únicamente a abstenerse de violar derechos humanos, sino que deben adoptar las medidas para *prevenir* estas violaciones considerando las necesidades de protección del sujeto de derecho.²⁰ El deber de prevención, entonces, abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político o administrativo que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito, que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa. Así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. La obligación de prevenir es una obligación de medio o comportamiento y su incumplimiento no se demuestra porque un derecho haya sido violado.²¹

Es cierto que un Estado no puede ser responsable de cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. Las obligaciones de garantía a cargo del Estado no implican una responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues los deberes de adoptar medi-

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166; Caso Kawas Fernández *vs.* Honduras, sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C No. 196 párr. 137, Caso Anzualdo Castro *vs.* Perú, *op. cit.* Nota 17, párr. 62 y Caso González Banda y otras *vs.* México (Campo Algodonero), *op. cit.*, nota 17, párr. 236.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Fondo, *op. cit.* nota 18, párr. 174 y Caso Anzualdo Castro *vs.* Perú, *op. cit.*, nota 17, párr. 62.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baldeón García *vs.* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 81; Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxa *vs.* Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 154; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia, *op. cit.*, nota 12, párr. 111.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Fondo, *op. cit.*, nota 18, párr. 166; Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, *op. cit.*, nota 17, párr. 149, y Caso Anzualdo Castro *vs.* Perú, *op. cit.*, nota 17, párr. 63.

das de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una *situación de riesgo real e inmediato* para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.²²

El Estado, conforme a su deber de garantía está obligado a investigar seria y efectivamente toda situación en la que se hayan violado derechos humanos; si el aparato gubernamental actúa de manera que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, el Estado habrá incumplido con su deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a todas las personas sujetas a su jurisdicción, lo cual es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos internacionalmente.²³ La investigación debe asumirse como un deber jurídico y no como una mera formalidad, condenada a ser infructuosa, esta obligación debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que los hechos vuelvan a repetirse.²⁴

Así, las autoridades que tengan conocimiento del hecho deben iniciar una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores materiales.²⁵ Si los hechos no son

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia, *op. cit.*, nota 12, párr. 123; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya *vs.* Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párr. 155. Ver también Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Kiliç *vs.* Turkey, Judgment of 28 March 2000, paras. 62 and 63 y ECHR, Case of Osman *vs.* the United Kingdom, Judgment of 28 October 1998, paras. 115 and 116.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, Fondo, *op. cit.*, nota 18, párr. 176, y Caso Kawas Fernández *vs.* Honduras, *op. cit.*, nota 18, párr. 76.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Anzualdo Castro *vs.* Perú, *op. cit.*, nota 17, párr. 123.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia, *op. cit.*, nota 12, párr. 143; Caso Heliodoro Portugal *vs.* Panamá, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 186, párr. 144, y Caso Valle Jaramillo y otros *vs.* Colombia, Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192 párr. 101.

investigados con seriedad, esto implica que los particulares, en cierto modo, son auxiliados por el poder público, lo que eventualmente comprometería la responsabilidad internacional del Estado.²⁶

II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

1. Antecedentes y hechos

Una empresa que opera una cadena de tiendas de autoservicio a nivel nacional, demandó el 2 de septiembre de 2002 el amparo y protección de la Justicia Federal debido a que, como resultado de un operativo realizado en la ciudad de Chilpacingo, Guerrero, la Unidad de Supervisión y Registro de los Servicios de Seguridad Privada de la Secretaría de Seguridad Pública y Protección Ciudadana del Gobierno de Guerrero, consideró que dicha empresa prestaba servicios de seguridad privada por lo que le requirió ajustar sus actuaciones al Reglamento Interior de los Servicios de Seguridad Privada del Estado de Guerrero.

Ante tal requerimiento y al no considerar dichas actividades como parte de su actividad mercantil, la empresa se inconformó ante la misma Unidad, la cual confirmó su decisión y le solicitó de nueva cuenta ajustarse al marco normativo contenido en el Capítulo Cuarto de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública; en el Título Décimo de la Ley de Seguridad Pública Estatal número 443 y en el Reglamento Interno de los Servicios de Seguridad Privada del Estado de Guerrero.

El apoderado de la empresa interpuso un amparo en contra de esta decisión y cuestionó la constitucionalidad del Capítulo Cuarto de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública;²⁷

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia, *op. cit.*, nota 12, párr. 145, y Caso Kawas Fernández *vs.* Honduras, *op. cit.*, nota 18, párr. 78.

²⁷ La Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública fue abrogada por la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, conforme su artículo transitorio décimo primero; fue publicada mediante Decreto el 2 de enero de 2009 en el *Diario Oficial de la Federación*. La Ley General del Sistema de Seguridad Pública regula a los servicios de seguridad privada en su Título décimo segundo, artículos 150 a 152.

el Título Décimo de la Ley de Seguridad Pública del Estado de Guerrero así como el Reglamento Interno de los Servicios de Seguridad Privada del Estado de Guerrero, ante el Juez Primero de Distrito en el Estado de Guerrero, quien admitió la demanda y tramitó el amparo, sobreseyéndolo. Ante esta decisión, el quejoso interpuso un recurso de revisión, el cual fue turnado al Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, que resolvió el 24 de abril de 2002, sobreseer el amparo respecto a la aprobación, promulgación, refrendo y publicación de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de Guerrero número cuatrocientos treinta y tres y del Reglamento Interior de los Servicios de Seguridad Privada para el Estado de Guerrero y respecto de sus actos de aplicación y levantó el sobreseimiento respecto de los artículos 52, 53 y 54 de la Ley que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, en relación con los artículos 103, 105 y 107 de la Ley de Seguridad Pública del Estado número 443, cuya constitucionalidad o inconstitucionalidad deja a decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El asunto se radicó en la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y fue turnado al señor Ministro Juan Díaz Romero para su estudio y formulación del proyecto de resolución correspondiente, el cual fue decidido el 8 de agosto de 2003, sobreseyendo el juicio de amparo respecto de los artículos 101, 102, 104, 106 y 108 a 112 de la Ley de Seguridad Pública del Estado de Guerrero y negando el amparo por lo que se refiere a los artículos 52 al 54 de la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, 103, 105 y 107 de la Ley de Seguridad Pública del Estado de Guerrero.

2. Consideraciones esenciales

La sentencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se centra en resolver la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los artículos 52, 53 y 54 de la Ley que establece las Bases de la Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública en relación con los artículos 103, 105 y 107 de la Ley de Seguridad Pública del Estado de Guerrero número cuatrocientos cuarenta y tres. Para el quejoso estos artículos son contrarios a la Constitución dado que ésta, en sus artículos 21 y 73, fracción XXIII, regula la seguridad pública más no la segu-

ridad privada, por lo que el legislador ordinario, al dictar leyes que comprenden esta última actividad, excede a lo previsto en la Constitución Federal.

La argumentación de la decisión corre por dos vertientes; en la primera el juzgador evalúa tanto el espíritu de la reforma constitucional que da paso a la creación de la Ley que establece las Bases de la Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, como a ésta última. El estudio de la Segunda Sala inicia en el estudio de la reforma constitucional y la Ley que establece las Bases para la Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, considera tanto sus textos como las exposiciones de motivos realizadas por la Cámara de Senadores como por la Cámara de Diputados y la opiniones de la doctrina respecto a la Seguridad Pública. En un segundo momento, la Sala estudia si en materia de Seguridad Pública, conforme a la Constitución y a la Ley que establece las Bases para la Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, las facultades de la Unión y de las Entidades federativas son o no concurrentes, para evaluar si conforme tanto a la Constitución como a dicha ley, tienen o no el deber como las facultades de legislar en la materia, para la Sala, las entidades federativas deben legislar en esta materia, conforme a la Constitución y la Ley antes mencionada.

La Sala también determina cuáles son las facultades y deberes del Estado en materia de seguridad pública y posteriormente entra al estudio de la seguridad privada. En esta parte, la Sala considerará su vínculo con la seguridad pública y si existen facultades tanto del legislador federal como local para regular esta materia, conforme a la Constitución y a la Ley que establece las Bases para la Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

3. Conclusiones de la Corte

La Segunda Sala considera que a través de la seguridad pública, el Estado cumple una función material que se traduce, en términos generales, en garantizar la tranquilidad de la sociedad, resguardar el orden público y proteger a las personas y a sus bienes de los riesgos provenientes de la impunidad y de la delincuencia, la cual se cumple, sustancialmente, a través de los cuerpos policíacos de los cuerpos de seguridad pública encargados de la prevención e investigación de los delitos y faltas, en auxilio del Ministerio Público (MP) y de los tribunales.

Para la Corte esta función estatal, materialmente perceptible por su contenido más obvio, como es el combate a la impunidad y delincuencia, además del de mayor alcance, como es el de garantizar la seguridad y tranquilidad de la sociedad y lograr la paz y el orden público, es tan amplia que para su realización se necesita el auxilio de todas aquellas instituciones o personas físicas o morales, públicas y privadas, que por sus funciones, actividades e intereses participen coordinadamente para lograr esos objetivos, siempre y cuando exista solicitud de la autoridad civil y con el requisito adicional de hacer prevalecer el respeto al derecho y a las garantías individuales.

Así, no puede considerarse que la reglamentación de la Seguridad Privada sobrepase el contenido de los artículos 21 y 73, fracción XXIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Corte consideró que el objetivo de las adiciones a los artículos 21 y 73, fracción XXIII constitucionales en materia de seguridad pública, incluían a las empresas de seguridad privada, por lo que está justificada su regulación por las leyes secundarias federales o estatales, pues su actividad incide necesariamente en la materia de la seguridad pública, de la cual son auxiliares, ya que esas empresas o servicios coadyuvan al combate de la delincuencia y participan del cuidado de la tranquilidad de las personas que los contratan, aspectos que se materializaron, en todo el país, al emitirse la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

La iniciativa incluyó entonces a los servicios privados de seguridad como parte de la función de seguridad pública y determinó la competencia de la entidades federativas para registrar y autorizar a las personas físicas o morales que presten este tipo de servicios.

La legislación también prevé la obligación de estas empresas de coadyuvar con las autoridades e instituciones policiales en situaciones de urgencia, desastre o cuando así lo solicite la autoridad competente, se sujeten a los principios para la organización y funcionamiento de las instancias policiales y se establezcan requisitos y condiciones para la prestación del servicio, para su supervisión y los procedimientos para aplicar sanciones.

La Corte destaca que la supervisión que el Estado ejerce sobre las empresas o servicios de seguridad privada, es necesaria porque éstas llegan a constituir grupos armados, los cuales ameritan control y coordinación, pues de otra manera, al atender a intereses únicamente particulares, podrían pretender un predominio anti-jurídico, lo que iría en contra del Estado de derecho que debe imperar en toda sociedad democrática moderna.

En conclusión, las disposiciones de la Ley General y de la Ley local que se analizan, las cuales comprenden enunciativamente la autorización para prestar el servicio de seguridad privada, requisitos y condiciones para la prestación de ese servicio, mecanismos de supervisión, sanciones, coadyuvancia con las autoridades competentes, aportación de datos de personal y equipo, e información estadística y sobre delincuencia, no transgreden a la Constitución Federal, ya que, como se apuntó, esas empresas o servicios privados son auxiliares de la función de seguridad pública estatal.

III. ANÁLISIS DE LA COMPATIBILIDAD DE LA SENTENCIA Y CONCLUSIONES

La argumentación de esta sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación coincide con la preocupación internacional sobre la necesidad de regular y vigilar la actividad de las empresas de seguridad privada. Para la Suprema Corte, las actividades de estas empresas forman parte de la Seguridad Pública y sus funciones auxiliares respecto a ésta. En este sentido coincide con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, considera que las tareas y funciones de la seguridad privada están claramente determinadas en la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública y en las legislaciones locales en la materia.

En este sentido, la Suprema Corte hace evidente la importancia y la necesidad de una regulación, control y coordinación eficaz de estas empresas y servicios; al igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha hecho patente en su jurisprudencia, destaca la función de garante que el Estado tiene cuando los particulares desarrollan o colaboran en actividades que por regla gene-

ral son de competencia exclusiva del Estado, como lo son las actividades de seguridad pública, por lo que el Estado debe garantizar que todas las acciones u omisiones que realicen los particulares en ejercicio de dichas funciones sean suficientemente regulados y vigilados por él.²⁸

Recordemos que las autoridades están obligadas a respetar, garantizar y asegurar la efectividad de los derechos humanos en toda circunstancia y respecto de toda persona,²⁹ así las autoridades deben prestar especial cuidado en que todas sus actuaciones cumplan con estas obligaciones, este cuidado deber ser mayor cuando autorizan a particulares a realizar funciones que tradicionalmente han sido reservadas al Estado, en estas circunstancias se transforman en garantes por lo que son directamente responsables, tanto por acción como por omisión, de todo lo que hagan estos particulares en ejercicio de dichas funciones.³⁰

La necesidad de regular y vigilar la actividad de las empresas de seguridad privada tiene un vínculo estrecho con la obligación estatal de garantizar los derechos humanos, puesto que el Estado tiene el deber de organizar a todo el aparato gubernamental, incluso a los particulares a través de quienes se realicen acciones en las que se manifieste el ejercicio del poder público, como en su caso podrían ser las mencionadas empresas, de manera que sean capaces de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.³¹ Además el Estado está en el deber jurídico de "prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido en su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, imponerles las sanciones pertinentes y reparar a la víctima adecuadamente";³² en este sentido debemos considerar si la violación ocurrió con el apoyo o la tolerancia del poder público, si

²⁸ *Ibid.*, nota 11, párr. 102.

²⁹ *Ibid.*, nota 12, párr. 67.

³⁰ *Ibid.*, nota 28.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, *op. cit.*, nota 18, párr. 166; Caso Kawas Fernández vs. Honduras, *op. cit.*, nota 18, párr. 137, y Caso Anzualdo Castro vs. Perú, *op. cit.*, nota 17, párr. 62.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, *op. cit.* nota 18, párr. 174 y Caso Anzualdo Castro vs. Perú, *op. cit.* Nota 17, párr. 62.

ocurrió por la falta de prevención por parte de las autoridades o por la impunidad imperante.³³

Debido a que los Estados no están obligados únicamente a abstenerse de violar derechos humanos, sino que además deben adoptar las medidas para prevenir estas violaciones considerando las necesidades de protección del sujeto de derecho,³⁴ la necesidad de coordinar, regular y vigilar a la seguridad privada para evitar cualquier abuso o exceso, tal como lo destaca la Suprema Corte, es esencial. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el deber de prevenir razonablemente las violaciones a los derechos humanos, abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político o administrativo que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito, que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa. Así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.³⁵

En el caso de la seguridad privada es innegable, y tristemente cierta, la posibilidad de que las personas que prestan estos servicios puedan incurrir en algún ilícito o abuso, por lo que al considerar que dichas actividades pueden generar una situación de riesgo,³⁶ las autoridades deben prever esta circunstancia, estableciendo la legislación y medidas administrativas necesarias para regular la actuación de estas empresas, así como los mecanismos necesarios para atender los posi-

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Fondo, *op. cit.*, nota 18, párr. 173; Caso Godínez Cruz *vs.* Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 182, y Caso Gangaram Panday *vs.* Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 62.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baldeón García *vs.* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 81; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya *vs.* Paraguay, *op. cit.*, nota 22, párr. 154; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia. *op. cit.*, nota 12, párr. 111.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Fondo, *op. cit.*, nota 21, párr. 166; Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, párr. 149, y Caso Anzualdo Castro *vs.* Perú, párr. 63.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia, *op. cit.*, nota 12, párr. 123; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya *vs.* Paraguay, *op. cit.*, nota 24, párr. 155, y Caso Valle Jaramillo y otros *vs.* Colombia, *op. cit.*, nota 25, párr. 78.

bles abusos, investigarlos y en su caso, facilitar una reparación a las víctimas de tales hechos.³⁷

En el supuesto que una empresa de seguridad privada realice acciones u omisiones que puedan acarrear una violación de los derechos humanos, las autoridades conforme a su deber de garantía están obligadas a investigar seria y efectivamente dicha situación; si el aparato gubernamental actúa de manera que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, el Estado habrá incumplido con su deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a todas las personas sujetas a su jurisdicción.³⁸

Así, las autoridades que tengan conocimiento del hecho deben iniciar una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores materiales de los hechos.³⁹ Si los hechos no son investigados con seriedad, esto implica que los particulares, en cierto modo, son auxiliados por el poder público.⁴⁰

La sentencia de la Suprema Corte hace evidente la importancia que tiene para nuestro país la regulación, control y coordinación de los servicios de seguridad privada, considerando que su labor es auxiliar a la función de la Seguridad Pública; por lo que conforme al artículo 21 de nuestra Constitución Política, tanto las autoridades federales, estatales y municipales deben participar en esta impor-

³⁷ La Ley General del Sistema de Seguridad Pública, que actualmente regula los servicios de seguridad privada, señala en su Título décimo segundo que estos consisten en la prestación de servicios de seguridad, protección, vigilancia o custodia de personas, lugares o establecimientos, de bienes o valores, incluido su traslado; las legislaciones locales establecerán los requisitos y condiciones para la prestación de dichos servicios, su denominación, los mecanismos para la supervisión y las causas y procedimientos para determinar sanciones. La misma Ley considera que estos servicios son auxiliares a la función de Seguridad Pública, por lo que le son aplicables tanto la referida ley como las demás normas que se establecen para las instituciones de seguridad pública; incluyendo los principios de actuación y desempeño.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, *op. cit.*, nota 21, párr. 176, y Caso Kawas Fernández vs. Honduras, *op. cit.*, nota 18, párr. 76.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, *op. cit.*, nota 12, párr. 143; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, *op. cit.*, nota 25, párr. 144, y Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, *op. cit.*, nota 25, párr. 101.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, *op. cit.*, nota 12, párr. 145, y Caso Kawas Fernández vs. Honduras, *op. cit.*, nota 18, párr. 78.

tante función, cuyos fines son salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos, conforme a las competencias que la misma Constitución y la legislación distribuyen entre cada nivel de gobierno.

La decisión en comento especifica las competencias para legislar y aplicar la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública que tienen tanto la Federación como las entidades federativas y, por consiguiente, para regular y vigilar las actividades de las empresas de seguridad privada, establecer sistemas de control y sanción confiables para estas empresas y quienes laboran en ellas, para asegurar tanto que no incurran en actividades ilegales como para atender adecuadamente los abusos o violaciones a los derechos humanos en que puedan incurrir; situaciones que en caso de no ser prevenidas o, en su caso, investigadas y sancionadas de manera adecuada, seria y eficaz, comprometerían la responsabilidad internacional del Estado mexicano.



*Derecho a la seguridad personal:
inviolabilidad del domicilio*

LUISA REYES RETANA ESPONDA*

I. INTRODUCCIÓN

En este texto se presenta una radiografía del entramado normativo al que está subordinado el derecho a la seguridad personal en nuestro país y más concretamente, la inviolabilidad del domicilio. Ello se hace con el objeto de determinar si lo resuelto en la contradicción de tesis 75/2004¹ por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ajusta razonablemente a la normatividad que la compele para interpretar en materia de inviolabilidad del domicilio.

En el primer capítulo, se examinan las normas internacionales suscritas por nuestro país respecto al derecho a la inviolabilidad del domicilio, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este derecho.

¹ Contradicción de tesis 75/2004-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. 17 de enero de 2007. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Este apartado sirve como referencia para realizar un análisis de la contradicción de tesis que se estudia en el presente documento.

El siguiente capítulo se divide en dos secciones. La primera se encarga de revisar el artículo constitucional que protege el derecho a la inviolabilidad del domicilio. La segunda examina los razonamientos que condujeron la solución de la contradicción de tesis mencionada, los textos de las tesis derivadas de ella, las repercusiones que acarrea su aplicación, de los argumentos de la disidencia y posteriormente, la interpretación hecha por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo tocante a la protección del domicilio.

En el tercer capítulo, se analiza el concierto entre la resolución dictada por la Sala –y las tesis derivadas de ella–, respecto a las normas de derecho internacional que obligan al Estado mexicano en esta materia, para concluir que existe, de una parte, subordinación al régimen internacional, pero que en relación a un supuesto no previsto por éste, la resolución fracasa en ajustarse a los compromisos internacionales que en la materia ha suscrito nuestro país.

II. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos²

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante *la Convención*) consagra en el artículo 11.2 el *derecho a la inviolabilidad del domicilio*. Este artículo emplea exclusivamente el término *domicilio* para referirse a dicho derecho, y demarca su protección prohibiendo cualquier *injerencia* en el *domicilio* de las personas siempre que aquella sea *abusiva y arbitraria*. Como más adelante se expondrá,

² México se adhirió a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH) el 24 de marzo de 1981 y aceptó la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CiDH) el 16 de diciembre de 1998. Asimismo, México hizo una declaración interpretativa sobre el artículo 4o. (derecho a la vida) de la Convención y una reserva respecto del artículo 23.2 (derechos políticos) de la misma. *Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, Compilación de Instrumentos/ edición 2009*. CEJIL, Buenos Aires, Argentina, 2009, p. 48.

la construcción de esta norma no es esencialmente distinta a la del párrafo primero del artículo 16 constitucional en el que se establece la protección de este derecho dado que el precepto de la Convención prevé la prohibición respecto a injerencias en la vida privada, en la familia y en la correspondencia (derecho a la seguridad personal). El texto del artículo convencional al que hemos hecho referencia es el siguiente:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³

Este Tratado Internacional (en adelante *el Pacto*) se encuentra vigente en México desde 1981 y, al igual que la Convención, establece en su artículo 17 una prohibición general a toda "injerencia arbitraria o ilegal" en el domicilio de las personas en los siguientes términos:

Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

³ México se adhirió al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York el 23 de marzo de 1981.

Los términos utilizados por el Pacto son muy similares a los de la Convención, aunque se diferencian en que esta última hace alusión a injerencias "abusivas" mientras que el Pacto habla de injerencias "ilegales".

3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH)

a. Artículo 11 de la Convención

En el caso de *Las matanzas de Ituango vs. Colombia*, la Corte Interamericana resolvió sobre posibles violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos por parte del Estado de Colombia con motivo de la actuación de grupos paramilitares que, junto con el ejército colombiano, incendiaron los hogares de muchas familias en la comunidad de El Aro. En este caso, la CrIDH comenzó a definir el ámbito de protección que la "vida privada" tiene dentro de la Convención Americana.

La Corte determinó que

El artículo 11.2 de la Convención protege la vida privada y el domicilio de injerencias arbitrarias o abusivas. Dicho artículo reconoce que existe un ámbito personal que debe estar a salvo de intromisiones por parte de extraños y que el honor personal y familiar, así como el domicilio, deben estar protegidos ante tales interferencias.

En la misma sentencia, se precisó que

el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En este sentido, el domicilio y la vida privada se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada.⁴

⁴ Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. CrIDH. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párrs. 193 y 194. Este criterio fue reiterado en los casos: Tristán Donoso vs. Panamá. CrIDH. Sentencia del 27 de enero de 2009. Párrafos 55 y 56. Página 18. Caso Escher y otros vs. Brasil. CrIDH. Sentencia del 6 de julio de 2009.

En el texto resaltado, la Corte hace hincapié en la relación "intrínseca" entre la vida privada y el domicilio. Asimismo, en el sistema interamericano también se han establecido requisitos para que las injerencias en el domicilio de las personas sean válidas (no arbitrarias ni abusivas). En el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*,⁵ la CrIDH decidió que es posible que existan injerencias justificadas en la vida privada y el domicilio, expresándose en estos términos: "*el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias (...)*". Lo anterior significa que, excepcionalmente, puede haber una injerencia en el domicilio de las personas, pero ésta estará permitida siempre que se cumplan con los siguientes requisitos:

- 1) *(E)star previstas en ley;*
- 2) *perseguir un fin legítimo; y*
- 3) *cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.*⁶

b. Extensión de la protección a la vida privada

De forma complementaria, en el citado caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, la Corte Interamericana apuntó que la divulgación de las conversaciones privadas sin consentimiento de los participantes era violatoria del respeto debido a la "vida privada" bajo el artículo 11.2 de la Convención. Específicamente, la CrIDH estableció lo siguiente: "*aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada*".⁷

Continuando con su "jurisprudencia constante", la Corte Interamericana de Derechos Humanos fijó, en el caso *Escher vs. Brasil*, las razones que a su juicio

⁵ En este caso, la CrIDH decidió sobre la posible violación al artículo 11.2 de la CADH por la grabación de conversaciones privadas entre el abogado Tristán Donoso y su cliente, presuntamente ordenadas por el Procurador General de Justicia de Colón en Panamá y divulgadas por él.

⁶ *Supra* cit. 28, al final.

⁷ En este sentido, *cfr.* Eur. Court H.R., *Case of Klass and others vs. Germany*, judgement of 6 September 1978, párr. 29; *Case of Halford vs. the United Kingdom*, judgement of 27 May 1997, párr. 44; *Case of Amann vs. Switzerland*, judgement of 16 February 2000, párr. 44, y *Copland vs. the United Kingdom*, judgement of 13 March 2007, párr. 41.

relacionan las comunicaciones privadas con el artículo 11 de la Convención en los siguientes términos:

La fluidez informativa que existe hoy en día coloca al derecho a la vida privada de las personas en una situación de mayor riesgo debido a las nuevas herramientas tecnológicas y su utilización cada vez más frecuente. Este progreso, en especial cuando se trata de interceptaciones y grabaciones telefónicas, no significa que las personas deban quedar en una situación de vulnerabilidad frente al Estado o a los particulares. De allí que el Estado debe asumir un compromiso, aún mayor, con el fin de adecuar a los tiempos actuales las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada.⁸

Examinando los criterios anteriores, podemos afirmar que la CrIDH ha establecido dos dimensiones de la protección de la "vida íntima". En la primera dimensión, la protección del artículo 11.2 se extiende a actividades que se encuentran relacionadas con el desarrollo de la vida privada, como son las comunicaciones privadas. En la segunda, la protección no sólo es contra invasiones o agresiones de la autoridad pública sino también de otros particulares (como sucedió en el caso de las Matanzas de Ituango).

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE MEXICANA

1. Protección constitucional del domicilio

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra el derecho a la inviolabilidad del domicilio en el primer párrafo de su artículo 16. Pese a que en diferentes momentos a lo largo del artículo se hace alusión a éste, el derecho como tal no está definido con claridad. Así, aquello que debe entenderse por "domicilio" y qué grado de protección merece, han sido, en buena medida, territorio para la interpretación judicial.

⁸ CrIDH. Caso Escher y otros *vs.* Brasil. Sentencia del 6 de julio de 2009. Párr. 115. pp. 35.

El artículo 16 constitucional, en lo que concierne a la inviolabilidad del domicilio, establece lo siguiente:

(1) Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

(2) Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

(...)

(5) Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

(...)

(11) En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

(12) Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

(13) Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

(14) Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los inculcados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

(15) Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

(16) La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

(17) La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

(18) En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente. (Énfasis y numeración de los párrafos añadidos).

Como se aprecia, el artículo dispone distintos grados de protección contra la *violación del domicilio*. Sin embargo, el Constituyente utiliza términos diversos al de *domicilio* para referirse a él.

La locución "domicilio" sólo se usa en el primer párrafo del artículo; mientras que en los otros párrafos que disponen normas al respecto, tenemos términos relacionados tales como: (i) "lugar que ha de inspeccionarse," (ii) "lugar cateado" ambos en el párrafo 11, (iii) "visitas domiciliarias" en el párrafo 16 y (iv) "casa particular" en el párrafo 18. Ello abre la posibilidad de distinguir "tipos de domicilio."

2. Interpretación constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio: Contradicción de Tesis 75/2004-PS

En este capítulo, examinaremos el concepto de "domicilio" que de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia está protegido por la Constitución Federal y qué tipo de protección le asiste.

El 17 de enero de 2007, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió la contradicción de tesis 75/2004-PS, por mayoría de 3 votos, cuyo punto en contradicción, según se depende del engrose, consistió en determinar *el valor probatorio de las actuaciones y probanzas realizadas con motivo de la intromisión de la autoridad al domicilio de un gobernado sin orden judicial*, redundando en los alcances protectores de las normas vigentes en materia de inviolabilidad del domicilio.⁹ La contradicción se resolvió en el sentido de que efectivamente existía contradicción entre los criterios sustentados por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito (*Infra A*) y lo sostenido por los Tribunales Colegiados Segundo del Noveno Circuito (*Infra B*) y Tercero del Décimo Segundo Circuito (*Infra C*).

⁹ El artículo 17 del Pacto, así como el artículo 11 de la Convención, fueron invocados por la Primera Sala de la Suprema al resolver la Contradicción de Tesis 75/2004-PS.

De la solución de esta contradicción derivaron diversas tesis que se refieren, por un lado, a los requisitos constitucionales que han de ser observados por las autoridades para inspeccionar o intervenir el domicilio de una persona sin transgredir la *inviolabilidad del domicilio*¹⁰ y, por el otro, a la efectividad probatoria de tales injerencias cuando no se respeten esos requisitos, según lo establecido en el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales.¹¹

*a. Criterio del Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito*¹²

De acuerdo con la postura de este tribunal, los titulares del derecho a la inviolabilidad domiciliaria son las personas (físicas y morales), por lo que el concepto "domicilio" es amplio y abarca no sólo los lugares donde las personas físicas tienen su casa habitación sino también lugares abiertos al público, como su oficina, bodegas, etcétera. En el caso de personas morales, el domicilio abarca el lugar donde tienen establecida su administración.¹³ Por lo tanto, las autoridades que deseen registrar alguno de esos lugares (para buscar objetos materia de un delito) deberán cumplir con los requisitos del artículo 16 párrafo 11o. constitucional (contar con una orden de cateo expedida por la autoridad judicial competente, señalar a quién o lo qué se busca, ubicación del lugar y levantar un acta circunstanciada firmada por

¹⁰ Realizar una *injerencia*, en términos de los tratados mencionados anteriormente.

¹¹ "Artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales (vigente antes de la reforma del 23-01-09). "Cuando en la averiguación previa el Ministerio Público estime necesaria la práctica de un cateo, acudirá a la autoridad judicial competente, o si no lo hubiere al del orden común, a solicitar por escrito la diligencia, expresando su objeto y necesidad, así como la ubicación del lugar a inspeccionar y persona o personas que han de localizarse o de aprehenderse, y los objetos que se buscan o han de asegurarse a lo que únicamente debe limitarse la diligencia. Al concluir el cateo se levantará acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad judicial que practique la diligencia."

En 2009, el artículo fue reformado para permitir al Ministerio Público solicitar la diligencia por "cualquier" medio, para detallar los requisitos del acta circunstanciada y para evitar que los funcionarios que practiquen el cateo sean testigos del mismo, además, se le adicionaron dos párrafos (2do y último) que imponen la obligación del Ministerio Público de designar de antemano a los servidores públicos que participarán en la diligencia y señalan un plazo de 24 hrs para que la autoridad judicial (de primera instancia, y en su defecto, la de segunda) decida sobre la orden de cateo.

Cuando no se cumplan estos requisitos, la diligencia carecerá de todo valor probatorio, sin que sirva de excusa el consentimiento de los ocupantes del lugar.

¹² Al resolver los amparos directos penales 627/2002, 283/2003, 74/2004, 91/2004, 516/2004, 213/2004 y 191/2004.

¹³ Sucursales y agencias incluidas.

dos testigos). El tribunal sostuvo que registrar esos lugares sin orden de cateo provoca que la diligencia carezca de valor probatorio¹⁴ y por ende, el informe ministerial y su ratificación también serán ineficaces, pero no lo serán la inspección de los bienes asegurados, el dictamen pericial sobre éstos o las declaraciones de testigos o detenidos.

b. Criterio del Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito¹⁵

Este Tribunal Colegiado consideró que cuando se lleva a cabo una intromisión a un domicilio y en el mismo se detiene a una persona y aseguran bienes objeto de un delito,¹⁶ dicha actuación constituye *de facto* un cateo,¹⁷ y siendo así, si esa intromisión no cuenta con una orden judicial, no sólo carece de valor probatorio el resultado de la misma, sino que también carecen de él el informe ministerial sobre la existencia del cuerpo del delito y el dictamen pericial sobre aquél, ya que éstos derivan lógicamente del inconstitucional aseguramiento de bienes, que a su vez resulta de la *injerencia arbitraria* al domicilio de una persona.

c. Criterio del Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito¹⁸

El criterio emitido por este Tribunal es esencialmente igual al anterior, y establece que de no cumplirse con las exigencias señaladas en los artículos 61 del Código Federal de Procedimientos Penales y 16 constitucional,¹⁹ carecerán de valor probatorio tanto la diligencia, como la respectiva acta de cateo, pues ésta es resultado de aquella. En otras palabras, concluye que son nulas las actuaciones que emanan de una diligencia inconstitucional.

¹⁴ Artículos 61 (*supra* cit. 6) y 284 del Código Federal de Procedimientos Penales: “La inspección, así como el resultado de los cateos, harán prueba plena siempre que se practiquen con los requisitos legales.”

¹⁵ Al resolver el amparo en revisión penal 376/2003.

¹⁶ En el caso concreto se trataba de drogas.

¹⁷ Artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, (*supra* cit. 6).

¹⁸ Al resolver el amparo directo 592/99.

¹⁹ En el caso las detenciones de quienes promovieron el amparo, y el aseguramiento de bienes objeto del delito (autos, drogas y armas), derivaron de una revisión realizada por militares sin una orden de cateo, irrumpiendo *arbitrariamente* en los domicilios de los procesados.

d. Tesis derivadas de la contradicción

La Primera Sala de la Suprema Corte, al resolver la contradicción en estudio, emitió las siguientes tesis:

(i) INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS, CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA.- Si bien, la diligencia de cateo prevista en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación ministerial y la probabilidad de que en el domicilio que se registrará se encuentra el sujeto activo o los objetos relacionados con el ilícito; ello no sucede en todos los casos, pues tratándose de flagrante delito, con fundamento en que la demora puede hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, la autoridad policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio particular en el que se está ejecutando el delito, ya que en ese caso, el propio artículo 16 constitucional señala expresamente una excepción al respecto al permitir a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado, además de que el Estado –como garante de los bienes de la sociedad– debe actuar de inmediato en casos de flagrancia; por lo que en esas condiciones, los medios de prueba obtenidos como consecuencia de la intromisión de la autoridad a un domicilio sin contar con orden de cateo, motivada por la comisión de un delito en flagrancia, tienen eficacia probatoria, ya que al tratarse de hipótesis distintas, a efecto de determinar su valor probatorio, no se aplican las mismas reglas que tratándose de un cateo precedido por una investigación ministerial. Así, las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecen de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irruman en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia tienen eficacia probatoria, aun cuando no exista orden de cateo. Debiendo precisarse que tratándose del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia, ésta debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio sin orden de cateo, los cuales deben aportarse en el proceso en caso de

consignarse la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez tenga elementos que le permitan llegar a la convicción de que efectivamente se trató de flagrancia, pues de no acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante dicha intromisión, carecen de eficacia probatoria.²⁰

(ii) CATEO. EN ACATAMIENTO A LA GARANTÍA DE INVIO-
LABILIDAD DEL DOMICILIO, LA ORDEN EMITIDA POR LA
AUTORIDAD JUDICIAL, DEBE REUNIR LOS REQUISITOS
PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN, DE
LO CONTRARIO DICHA ORDEN Y LAS PRUEBAS QUE SE HA-
YAN OBTENIDO COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE LA
MISMA, CARECEN DE EXISTENCIA LEGAL Y EFICACIA PRO-
BATORIA.-Con la finalidad de tutelar efectivamente la persona, familia,
domicilio, papeles y posesiones de los gobernados, el Constituyente estableció
en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexica-
nos que las órdenes de cateo única y exclusivamente puede expedirlas la
autoridad judicial cumpliendo los siguientes requisitos: a) que conste por
escrito; b) que exprese el lugar que ha de inspeccionarse; c) que precise la
materia de la inspección; d) que se levante un acta circunstanciada en pre-
sencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su
ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. En ese
sentido, el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, en
observancia a la garantía de inviolabilidad del domicilio, establece que si no
se cumple con alguno de los requisitos del octavo párrafo del citado precepto
constitucional, la diligencia carece de valor probatorio. Por tanto, las prue-
bas obtenidas con vulneración a dicha garantía, esto es, los objetos y perso-
nas que se localicen, su aprehensión en el domicilio registrado y las demás
pruebas que sean consecuencia directa de las obtenidas en la forma referida,
así como el acta circunstanciada de la propia diligencia, carecen de eficacia
probatoria. En efecto, las actuaciones y probanzas cuyo origen sea un cateo
que no cumpla con los requisitos constitucionales y, por tanto, sin valor
probatorio en términos del señalado artículo 61, carecen de existencia legal,
pues de no haberse realizado el cateo, tales actos no hubieran existido.²¹

²⁰ Registro No. 171739. Tesis de jurisprudencia 21/2007. Aprobada por la Primera Sala de la SCJN en sesión de 7 de febrero de 2007.

²¹ Registro No. 171836. Tesis de jurisprudencia 22/2007. Aprobada por la Primera Sala de la SCJN, en sesión de fecha 07 de febrero de 2007.

(iii) DOMICILIO. SU CONCEPTO EN MATERIA PENAL.- El concepto de domicilio a que se refiere la garantía de inviolabilidad de éste, contenida en el párrafo primero, en relación con el octavo, del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comprende tanto el lugar en el que una persona establece su residencia habitual (elemento objetivo), como todo aquel espacio en el que desarrolla actos y formas de vida calificados como privados (elemento subjetivo). Sin embargo, dicho concepto en materia penal es más amplio, pues también incluye cualquier localización o establecimiento de la persona de naturaleza accidental y transitoria en donde lleve a cabo actos comprendidos dentro de su esfera privada. Ello es así, en virtud de que si bien el primer párrafo del citado precepto constitucional alude al término "domicilio", el octavo sólo señala "lugar", debiendo entenderse por éste, el domicilio en el que el gobernado de algún modo se asienta y realiza actos relativos a su privacidad o intimidad.²²

En la primera de las tesis de jurisprudencia invocadas, la Corte hizo una distinción en relación con los efectos jurídicos derivados de una intromisión en un domicilio por parte de la autoridad. Señaló que las pruebas obtenidas mediante un cateo que no cumpla con los requisitos señalados en el artículo 16, párrafo 11o. (antes 8o.) constitucional, carecen de validez.

En la segunda jurisprudencia se aborda el tema de aquellos casos en que la autoridad policial irrumpa en un domicilio motivado por la comisión de un delito en flagrancia, las pruebas obtenidas como consecuencia de esa intromisión sí serán válidas aun cuando no medie una orden de cateo, pero siempre que la autoridad referida aporte "datos ciertos o válidos" que permitan al Juez (en un eventual proceso penal) llegar a la "convicción de que hubo flagrancia", sin los cuales las pruebas carecerán de eficacia probatoria. En la resolución se justificó esta disquisición con base en el párrafo quinto del artículo 16 constitucional (*supra* Cap. I.1). Dicho precepto permite la detención de una persona, por parte de cualquier particular, si está cometiendo un delito en ese momento o acaba de cometerlo. De estas hipótesis se siguen 2 argumentos; a saber:

²² Registro No. 171779. Esta tercera tesis no constituye jurisprudencia ya que no resuelve el tema de la contradicción planteada.

La primera consiste en que si un particular puede detener al indiciado en esos casos, con mayor razón puede hacerlo la autoridad policial.²³

La segunda, radica en que la detención del indiciado por la comisión de un delito en flagrancia (aunque ésta se lleve a cabo infringiendo el domicilio del detenido) es una hipótesis distinta al cateo derivado de una investigación ministerial. Así, se reiteran los criterios de los Tribunales Colegiados Segundo del Noveno Circuito y Tercero del Décimo Segundo Circuito (*Supra* cap. II.1 B y C) negando valor probatorio tanto a los cateos que no cumplan con los requisitos constitucionales como a "las actuaciones y probanzas" que de los mismos se originen. Al parecer, el informe ministerial, su ratificación, los peritajes sobre bienes objeto del delito, las detenciones y las declaraciones de testigos entran dentro de esas "actuaciones y probanzas" derivadas, pero la tesis no es clara al respecto.

La tercera de las tesis en cita –que no constituye jurisprudencia por no haber resuelto el tema de la contradicción–, establece una definición de "domicilio" en que se consideran como *elementos esenciales* de éste, por un lado, el objetivo, consistente en el lugar donde una persona reside habitualmente, y por otro el subjetivo, que es el espacio donde la misma desarrolla su vida privada. En la misma tesis se establece que el "domicilio" en materia penal incluye aquellos lugares donde se lleven a cabo transitoriamente algunos actos de la vida privada. Esto significa que para la Sala, los elementos que determinan si un lugar debe considerarse "domicilio" son distintos según la materia de que se trate. En el ramo penal, basta con que en el lugar se realicen, aunque sea de manera accidental, algunos actos de la vida privada, mientras que en las demás materias, será necesario atender a los elementos esenciales.

e. Argumentos de la Primera Sala al emitir las tesis anteriores

El argumento toral de la mayoría para emitir la tesis sobre "Intromisión de una Autoridad" es que, cuando se trate de flagrancia,²⁴ la autoridad administrativa

²³ Se utilizó una interpretación por mayoría de razón– pero, ¿cuál es la relación entre esta interpretación y la inviolabilidad del domicilio?

²⁴ Cuando se está en presencia de actos delictivos que se están ejecutando o se acaban de ejecutar.

(policial *p.e.*) no requiere contar con una orden judicial de cateo que justifique el allanamiento de un domicilio particular. La existencia de ese supuesto se argumentó con base en lo siguiente: 1) La flagrancia no implica una investigación ministerial previa, por lo que no se trata de la hipótesis de órdenes de cateo²⁵ y, 2) el Estado (a través de las autoridades administrativas o militares *p.e.*) tiene el deber de proporcionar seguridad pública.

- La Sala justificó su interpretación en el párrafo quinto del artículo 16 constitucional, que permite la detención, incluso por cualquier particular, de indiciados que cometan delitos en flagrancia o en cuasi flagrancia. Por mayoría de razón, los Ministros interpretaron que las autoridades también pueden realizar esas detenciones, sin embargo, extendieron esa interpretación hasta entenderla como una excepción a los requisitos constitucionales del artículo 16 párrafo 11o., convalidando detenciones en flagrancia "cuando se esté cometiendo el delito dentro del domicilio." Igualmente, cuando después de ejecutado un delito en flagrancia, el inculpado es perseguido hasta el domicilio particular."²⁶ La justificación en este último punto se limitó a señalar que la Constitución no "acota" nada al respecto, pero sin argumentar cuál es la relación entre la limitación a la libertad personal (que la detención por flagrancia implica) con el derecho a que el domicilio sea inviolable.
- Por último, se consideró que "la autoridad debe contar con datos ciertos o válidos" que motiven la intromisión al domicilio, para determinar si en el caso efectivamente se trató de flagrancia, con la consecuencia de que resulten ilegales esa intromisión y los actos derivados de la misma. Sin embargo no se precisó qué tipo de datos pueden considerarse válidos o ciertos.

²⁵ De ahí que, para la Primera Sala, las pruebas vinculadas con detenciones en flagrancia no se rigen por los supuestos que contemplan los numerales 61 y 284 del Código Federal de Procedimientos Penales (*supra* Nota 7).

²⁶ Es interesante señalar que uno de los criterios del Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito al resolver el amparo 516/2004 (Considerando Sexto) fue que la flagrancia no se actualiza por –llamadas anónimas–, pues no se sorprende al delincuente en la comisión de un delito, ni por acusaciones presuntas (como en el caso fue la observación de los policías de que se cargaban bolsas blancas asumiendo que era cocaína). En todo caso, señaló el Tribunal, deben cumplirse los requisitos del primer párrafo del artículo 16 constitucional.

IV. COMPATIBILIDAD ENTRE LA SENTENCIA MEXICANA Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y CONCLUSIONES DEL ANALISTA

Como hemos señalado anteriormente, tanto el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como el voto particular de la Contradicción de Tesis 75/2004-PS, señalaron que la relación entre vida privada y domicilio bajo nuestra constitución también es relevante.

En la resolución de la Contradicción de Tesis 75/2004, se puede leer el siguiente párrafo:

*La protección a la inviolabilidad del domicilio a que nos referimos, atiende también y de manera esencial, al elemento subjetivo del domicilio, esto es, al propósito o destino que el sujeto concede a determinado espacio, en el que desarrolla actos y formas de vida calificadas como íntimas o privadas.*²⁷

Los criterios de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (tanto el de los que suscribieron las tesis jurisprudenciales estudiadas como el del Ministro disidente) coinciden con el *estándar* señalado por la CrIDH, al apuntar la importancia que la noción de "vida privada" tiene para definir el concepto de "domicilio" que se encuentra amparado por los derechos fundamentales.

La mayoría señaló que la protección al domicilio atiende "esencialmente" a la protección de los espacios en los que el individuo desarrolla su vida privada, sin embargo, al emitir las tesis jurisprudenciales derivadas de la Contradicción de Tesis 75/2004 no se utilizó a la "vida privada" como criterio para definir en qué casos la autoridad puede introducirse a espacios utilizados o habitados por las personas.

²⁷ *Supra*. Nota 3, Ejecutoria, Punto décimo de la Resolución.

Por el contrario, el énfasis de las tesis está en el deber estatal de procurar seguridad pública y en la supuesta excepción constitucional en materia de flagrancia, sin que se explique por qué la limitación a la libertad personal que la detención en flagrancia implica, es tan "pesada" como para derrotar siempre a la inviolabilidad del domicilio, pues en casos de persecución de un delito en flagrancia, la autoridad siempre puede introducirse en los domicilios particulares.

En el voto particular el elemento "vida privada" es considerado "fundamental" para determinar el alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Ese énfasis implica que al definir las circunstancias específicas en que un domicilio puede ser legítimamente violado (cateado), debe tomarse en cuenta que el elemento "vida privada" está protegido por la inviolabilidad del domicilio y por lo tanto, las intromisiones al domicilio, sean derivadas de una investigación policial (ministerial) o derivadas de la persecución de un delito en flagrancia, no deben ser arbitrarias ni abusivas. Lo anterior se refleja en que la autoridad debe cumplir con requisitos constitucionales siempre que pretenda "infringir" un domicilio de forma legítima, ya sean los del párrafo primero o los del párrafo 11o. del artículo 16 constitucional.

Por su parte, en el caso de *Las matanzas de Ituango vs. Colombia*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó lo siguiente:

- "El artículo 11.2 de la Convención *protege la vida privada y el domicilio de injerencias arbitrarias o abusivas. Dicho artículo reconoce que existe un ámbito personal que debe estar a salvo de intromisiones por parte de extraños* y que el honor personal y familiar, así como el domicilio, deben estar protegidos ante tales interferencias". En la misma sentencia, se precisó que "*el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública*". En este sentido, el domicilio y la vida privada se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada.

- En el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*,²⁸ la CrIDH decidió que es posible que existan injerencias justificadas en la vida privada y el domicilio, expresándose en estos términos: "el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias (...)". Lo anterior significa que, excepcionalmente, puede haber una injerencia en el domicilio de las personas.

La jurisprudencia mexicana establece que para invadir la privacidad de un domicilio mediante un cateo, la autoridad debe cumplir con las formalidades establecidas en la Constitución Política (que son esencialmente iguales a las establecidas en la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana) y así delimita la extensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, pero en ella abre una excepción –que en realidad es otra regla– relativa a los casos de flagrancia, en las que la jurisprudencia determina que al no existir una investigación ministerial previa de la que pueda derivar una orden de cateo, tampoco puede considerarse que sea aquello, por lo que no es el caso previsto en el primer párrafo del artículo 16 de la constitución, y por ende; no le son aplicables las mismas normas.

De tal forma, el derecho a la inviolabilidad del domicilio no se provee para los casos en que la autoridad tenga "datos ciertos o válidos que motiven la intrusión al domicilio", pues se trata de un supuesto diferente.

La realidad es que la Corte Interamericana jamás hace una distinción que permita ubicar en diferentes ámbitos de protección del domicilio la de un cateo y la de la flagrancia, pero sí determina que "el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública".

La Primera Sala ha establecido que en los casos en que la autoridad cuente con "datos ciertos o válidos", –lo que quiera que eso sea–, de la comisión de un

²⁸ En este caso, la CrIDH decidió sobre la posible violación al artículo 11.2 de la CADH por la grabación de conversaciones privadas entre el abogado Tristán Donoso y su cliente, presuntamente ordenadas por el Procurador General de Justicia de Colón en Panamá y divulgadas por él.

delito en el interior de un domicilio para irrumpir en él, el derecho a su inviolabilidad desaparece. Es en este sentido en que la resolución y su jurisprudencia derivada se apartan de las normas internacionales que la compelen.

V. CONCLUSIONES

A partir de la Contradicción de Tesis 75/2004 de la Primera Sala, y sus tesis jurisprudenciales resultantes, se fijó la siguiente interpretación obligatoria de la ley; a saber:

- Que las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional,²⁹ carecen de eficacia probatoria; en cambio, *las probanzas que se obtengan como consecuencia del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia tienen eficacia probatoria*, aun cuando no exista orden de cateo.
- En efecto, *las actuaciones y probanzas cuyo origen sea un cateo que no cumpla con los requisitos constitucionales* y, por tanto, sin valor probatorio en términos del señalado artículo 61, *carecen de existencia legal, pues de no haberse realizado el cateo, tales actos no hubieran existido*.

En la tesis aislada derivada de este mismo asunto, se estableció una definición de "domicilio" que si bien no es jurisprudencia firme, atiende a los demás criterios resultantes, que sí lo son. Para efectos de la materia penal, el domicilio es lo siguiente:

- El concepto de domicilio a que se refiere la garantía de inviolabilidad de éste, comprende tanto el lugar en el que una persona establece su resi-

²⁹ En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

dencia habitual (elemento objetivo), como todo aquel espacio en el que desarrolla actos y formas de vida calificados como privados (elemento subjetivo). Sin embargo, *dicho concepto en materia penal es más amplio, pues también incluye cualquier localización o establecimiento de la persona de naturaleza accidental y transitoria en donde lleve a cabo actos comprendidos dentro de su esfera privada.*

Como ya se mencionó, la jurisprudencia mexicana se aparta de las normas internacionales que la compelen en tanto establece que en los casos en que la autoridad cuente con "datos ciertos o válidos" respecto a la comisión de un delito en el interior de un domicilio, desaparece el derecho de inviolabilidad del mismo. Además, la jurisprudencia permite una excepción a este derecho en los casos de flagrancia.

La realidad es que la Corte Interamericana jamás hace una distinción que permita ubicar en diferentes ámbitos de protección del domicilio la de un cateo y la de la flagrancia, pero sí determina que "el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública".



*El derecho a una defensa
adecuada y la Suprema Corte
de Justicia de la Nación:
contenidos por desarrollar*

SANTIAGO AGUIRRE*

* Abogado del Centro de Derechos Humanos de la Montaña "Tlachinollan", con sede en Tlapa de Comonfort, Guerrero.

I. PRESENTACIÓN

 En la actualidad, el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH) constituye un referente ineludible para analizar el ejercicio del poder estatal. Al evaluar el contenido de un cuerpo normativo, revisar una resolución judicial, o incluso al ponderar las virtudes o deficiencias de una política pública, el DIDH ofrece un parámetro útil para reflexionar en torno al modo en que esos actos de autoridad respetan la dignidad humana y contribuyen con ello consolidar una institucionalidad más democrática (Abramovich, 2007).

Dando por sentado lo anterior, en este trabajo emplearemos ese cuerpo normativo para analizar algunas sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN), provenientes todas de la Novena Época, relacionadas con el derecho fundamental de todas las personas acusadas dentro de un proceso penal a contar con una defensa adecuada.

Empleando ese método, ajustado a la convocatoria lanzada conjuntamente por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos

Humanos (en adelante, OACNUDH) y la SCJN, estas notas enfrentarán algunas limitaciones de las que vale la pena dar cuenta desde el principio. En primer lugar, el presente trabajo no constituye un estudio exhaustivo sobre la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación respecto del derecho a una defensa adecuada ni aspira a realizar un análisis dogmático de ese particular derecho a partir del marco normativo nacional y su interpretación. Tampoco es este trabajo un ejercicio de contraste entre la jurisprudencia de la SCJN y la efectividad real del derecho que ocupará nuestra atención. Menos aún se trata de un análisis, socio-jurídico sobre la evolución histórica de la tutela de ese derecho, en el marco más amplio de la política judicial (Ansolabehere, 2007) de la SCJN y de sus relaciones con el Poder Ejecutivo. Estas vetas de análisis, indispensables cada una de ellas para realizar una evaluación integral del papel que ha desempeñado la SCJN en la garantía de este derecho, deberán realizarse en otros espacios. En todo caso, para consultar un estudio que explora algunas de estas vertientes de forma sugerente es ampliamente recomendable acudir al trabajo de Magaloni e Ibarra (2008), del que estas notas se han nutrido con provecho.

Los objetivos de este trabajo son más modestos pero, esperamos, no por eso menos útiles: lo que pretendemos es analizar a partir de normas y estándares internacionales sobre el derecho a la defensa algunas sentencias recientes de la SCJN. Con ello buscamos tanto mostrar la utilidad de dichos parámetros en la reflexión jurídica como contribuir al escrutinio público de la labor que como garante de los derechos fundamentales debe realizar el Máximo Tribunal. Ambas finalidades, pensamos, son relevantes en función de la –todavía– escasa permeabilidad del DIDH en las ideologías jurídicas (Courtis, 2009) imperantes en nuestro país y del carácter todavía incipiente de la observación ciudadana sobre los poderes judiciales.

Para alcanzar el objetivo señalado, en el primer apartado haremos referencia a los estándares con que analizaremos las sentencias de la SCJN que hemos elegido; enseguida resumiremos los fallos para después revisarlos con ese parámetro; y, finalmente, presentaremos algunas observaciones conclusivas.

II. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE EL DERECHO A LA DEFENSA

Antes de analizar los parámetros del DIDH relacionados con la defensa adecuada, revisaremos brevemente la noción de estándar para clarificar en qué sentido empleamos aquí ese concepto y cuál es su utilidad para ejercicios como el que aquí ensayaremos.

El DIDH es un cuerpo jurídico compuesto por instrumentos de diversa naturaleza e índole. La Corte Interamericana, en la Opinión Consultiva 16/99, se ha referido a esta diversidad al señalar que: "El *corpus juris* del Derecho Internacional de los derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)".

Atendiendo a esta diversidad, las fuentes del DIDH son diferenciadas usualmente a partir de dos grandes categorías. Por un lado se sitúan las normas emanadas fundamentalmente de los tratados internacionales y el *ius cogens* internacional, cuyo cumplimiento es obligatorio, que la doctrina denomina derecho duro (*hard law*); por otro lado, se agrupan las normas surgidas de instrumentos que estrictamente carecen de los atributos legales presentes en los tratados internacionales cuya obligatoriedad, por considerarse derecho suave (*soft law*), suscita debate en los foros jurídicos. (Villán Durán, 2006)

La noción de estándar internacional que aquí emplearemos permite posponer la discusión sobre la obligatoriedad de los diversos instrumentos del DIDH, para integrar los preceptos emanados de fuentes de naturaleza diversa y configurar de ese modo el contenido de los derechos reconocidos en el plano internacional, de una manera que resulta más acorde a los fines de esos instrumentos: la garantía y protección de la dignidad humana conforme al principio *pro persona*.

De este modo, por ejemplo, el estándar internacional relativo al derecho a la defensa no está dado solamente por las normas de fuente internacional convencional que expresamente se refieren a ese derecho, sino que se conforma a partir

de la conjunción de dichas normas con los preceptos, principios y pautas interpretativas que surgen de otras fuentes del DIDH, como las declaraciones no vinculatorias, las resoluciones y sentencias de los organismos internacionales, las opiniones consultivas, etcétera.

Siguiendo esta idea, enseguida precisaremos cuáles son algunas de las fuentes más relevantes para definir el estándar internacional relativo al derecho a la defensa. Antes, sin embargo, conviene destacar que si por virtud de la interdependencia que caracteriza a los derechos humanos es siempre arduo establecer los límites entre el ámbito protector de un derecho y otro, en el caso del derecho a la defensa esa dificultad se acrecienta. Frecuentemente aparece abarcando, subsumido o interrelacionado con otras garantías del derecho al debido proceso, lo que hace difícil delimitar su contenido y alcances. Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo CorIDH), en su Opinión Consultiva 9/87, ha sugerido una cierta equivalencia entre el debido proceso y la adecuada defensa al señalar que el "debido proceso legal: "abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial". No obstante lo anterior, en las líneas que siguen intentaremos focalizarnos en el derecho a la defensa, sin que ello implique pasar por alto la necesaria relación de codependencia entre este derecho y otras exigencias del debido proceso como la existencia de tribunales independientes e imparciales, el derecho a ser oído en audiencias públicas, el derecho a guardar silencio, el derecho a un intérprete, la igualdad de armas, la presunción de inocencia, el derecho a recurrir, el derecho a no ser torturado/a, la exclusión de la prueba ilícita y otros.

El derecho a la defensa ha sido reconocido desde la aprobación de los instrumentos declarativos fundantes del DIDH en el plano universal e interamericano. Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, se refieren a este derecho fundamental en sus respectivos artículos 11 y XXVI. Además, la base normativa del derecho a la defensa surge de los principales tratados en la materia pues tanto en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos como en el artículo 14 letra D) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Específicamente respecto de la infancia, la Convención Sobre los Derechos del Niño también alude a este derecho en su artículo 40.

Importa destacar desde ahora que los citados instrumentos coinciden en especificar que el derecho a la defensa implica la asistencia letrada, restringiendo el ámbito de ésta a la que puede proporcionar un profesionalista del derecho. También enfatizaremos desde este momento que, a diferencia de lo que ocurre con la Constitución mexicana, ninguna de las normas que hemos citado exige expresamente que la defensa sea adecuada o eficaz, ya que más adelante volveremos a esta consideración.

Otros instrumentos relevantes para la configuración del estándar son, sin que se trate de una enumeración limitativa, los principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura, aprobados en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985; las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores, adoptadas en 1985 por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente; el Conjunto de Principios para la Protección de Todos las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, adoptados por la Asamblea General de la ONU en 1988; los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados y las Directrices Sobre la Función de los Fiscales, aprobados ambos en 1990 durante el Octavo de los mencionados congresos; entre otros.

En el ámbito universal, también es relevante para la definición del estándar el trabajo que realizan los órganos convencionales. Así, son especialmente significativas en este tema las observaciones generales 13, 20 y 32 del Comité de Derechos Humanos (en adelante, el Comité), así como las resoluciones que este órgano ha dictado en casos individuales. Del mismo modo, contribuyen a la definición del estándar diversos informes emitidos en el marco de los denominados procedimientos especiales en materia de derechos humanos de la ONU, específicamente en lo que concierne a mecanismos temáticos como el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria o la Relatoría Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados.

En el ámbito regional, son de relevancia para la conformación del estándar que nos ocupa los informes de fondo y de país de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo, CIDH), así como las sentencias y opiniones

consultivas de la CorIDH. Finalmente, no puede soslayarse la relevancia que tienen en la definición del estándar internacional que nos ocupa los desarrollos provenientes de otros sistemas regionales y del derecho penal internacional. En particular, son de suma importancia –y en ello repararemos más adelante– los desarrollos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH).

Ahora bien, a efecto de caracterizar el estándar internacional del derecho a la defensa a continuación nos referiremos a algunos temas que han sido abordados por la normatividad y la jurisprudencia internacional. Para ello, dado que tales referentes son múltiples y numerosos, nos beneficiaremos de los compendios realizados por O'Donnell (2004) y por Amnistía Internacional (2000), agregando la revisión de algunos otros precedentes más recientes.

El derecho a la defensa remite al menos a tres acepciones cuyos significados e implicaciones se disciernen al fijar el estándar internacional. Así, el derecho a la defensa puede entenderse como el derecho de la persona acusada a defenderse por sí misma, como el derecho a contar con asistencia letrada –lo que se conoce también como defensa técnica–, o bien como el derecho a contar con un defensor público en determinados supuestos, especie del derecho genérico anterior. En lo que sigue, nuestra atención se centrará en estas dos últimas acepciones pues dejaremos de lado lo relacionado con el derecho a defenderse personalmente.

Una primera cuestión que ha sido abordada por el DIDH ha sido lo relativo a la obligación de los agentes estatales de informar a todas las personas detenidas sobre su derecho a contar con un abogado. Obviamente, subyace a ello la idea de que no es posible ejercer el derecho a la defensa si no se sabe que el mismo existe. Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados hacen eco de esta idea al establecer expresamente que dicha información debe ser hecha del conocimiento de la persona "inmediatamente" después de su detención (Principio 5).

Aunado a lo anterior, se ha planteado la determinación del momento procesal en que surge el derecho a contar con una defensa y, más específicamente, la discusión en torno a la extensión del mismo en etapas no estrictamente judiciales.

Sobre este punto, el criterio adoptado en los órganos internacionales es consistente: en principio, el derecho a la defensa debe ser plenamente garantizado en todas y cada una de las etapas del proceso, entendido este *lato sensu*. Así lo ha considerado el Comité en el caso *Brown vs. Jamaica* (1999) y, por su parte, la CIDH en el caso *Figueredo Planchart vs. Venezuela* (2000). En este último la CIDH ha precisado que la naturaleza jurídica de las diferentes fases del proceso "[...] es indiferente a la luz del derecho internacional de los derechos humanos si es que la misma termina en un fallo que afecta en diversos grados la situación de una persona implicada [...]". Tales determinaciones, sin duda, han estado guiadas por la comprensión de que el derecho a acceder a asistencia jurídica es, también, una salvaguarda contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes como lo ha recordado el Comité en su Opinión General 20 (1991).

Más específicamente, los órganos internacionales también se han referido al derecho a la defensa durante las primeras diligencias, con frecuencia realizadas ante autoridades administrativas y/o policiales. En el caso *Murray vs. Reino Unido* (1996), por ejemplo, el Comité consideró violado el derecho a la defensa debido a que un detenido permaneció sin asistencia letrada durante 48 horas, plazo en el que se realizaron diligencias que con posterioridad tuvieron peso significativo en su proceso. Por su parte, el TEDH también consideró violado este derecho en el caso *Magee vs. Reino Unido* debido a que una persona permaneció 48 horas sin acceder a su abogado, período de tiempo en que fue interrogado y sometido a una atmósfera de intimidación que buscaba quebrantar su voluntad. Sobre este mismo particular, el Comité ha dicho que la asistencia legal en esta etapa se torna aún más importante cuando pesa sobre la persona indiciada la posibilidad de que eventualmente se le imponga una pena gravísima como la de muerte; ese ha sido el criterio sostenido en casos como *Reid vs. Jamaica* (1994), *Wright y Harvey vs. Jamaica* (1995) y *Marshall vs. Jamaica* (1998), *Gridin vs. Rusia* (2000). La CorIDH ha compartido este razonamiento en casos como *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago* (2002), y *Fermín Rodríguez vs. Guatemala* (2005).

Otro aspecto del estándar internacional tiene que ver con el derecho a ser asistido por un defensor público. En este tema, las normas de la Convención Americana y del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos presentan alguna

discrepancia, pues mientras en el primero de los instrumentos mencionados este derecho surge siempre que el inculpado no se defienda a sí mismo ni nombre defensor, en el segundo se establece como requisito que el acusado no cuente con recursos para pagar a un defensor particular y que la designación del de oficio sea exigida por el "interés de la justicia". Al margen de lo anterior, en el DIDH se ha enfatizado la relevancia de este derecho en el proceso y se ha afirmado que se extiende incluso a la segunda instancia, como lo consideró el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Maxwell vs. Reino Unido* (1994).

La comunicación privada y efectiva entre la persona procesada y su defensor también debe respetarse al máximo según el estándar internacional. De acuerdo con los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, dicha salvaguarda se extiende a la comunicación telefónica entre el defensor y su representado. En los casos *Castillo Petruzzi vs. Perú* (1999) y *Suárez Rosero vs. Ecuador* (1997), la CorIDH determinó que la presencia de agentes estatales durante las entrevistas entre defensores y representados viola el derecho a la defensa, a partir de que en los respectivos procesos se comprobó que elementos castrenses habían intervenido pasivamente en el curso de las mismas. Otras modalidades de obstaculización de la labor de las abogadas y los abogados defensores también han sido consideradas contrarias a este derecho; por ejemplo, revisiones excesivas y ofensivas como obligar a una defensora a desnudarse han sido tachadas como violatorias del derecho a la defensa por la CIDH en un caso particularmente relevante para nosotros como lo es *Manuel Manríquez vs. México* (1999).

También ha sido objeto de atención en el plano internacional la prerrogativa que tiene toda persona procesada de elegir a su representante legal. Esta facultad, sólo hasta cierto punto limitada cuando el Estado designa a un defensor público, se ha considerado violada según el Comité cuando a pesar de que el acusado haya rechazado la designación recaída sobre determinado defensor público el tribunal a cargo de la causa ha insistido en tal nombramiento, como surge del caso *Pinto vs. Trinidad y Tobago* (1989). Lo mismo resolvió en el caso *Drescher vs. Uruguay* (1983), donde se acreditó que la persona procesada debió escoger a su defensor de una lista de abogados militares, sometidos a la disciplina castrense, sin que se le haya permitido designar a un defensor civil.

En la definición del estándar internacional sobre defensa adecuada también debe incluirse que la representación legal tenga acceso efectivo y oportuno al expediente de la causa. La CorIDH sentenció en el caso *Castillo Petruzzi vs. Perú* (1999) que poner a la vista de la defensa tan sólo durante unas cuantas horas el expediente de la causa, violaba el derecho a la defensa. Estas consideraciones guardan relación con el derecho a que la preparación de la defensa pueda efectuarse en un lapso de tiempo razonable. En los casos *Henry vs. Jamaica* (1998) y *Teesdale vs. Jamaica* (2002), el Comité determinó que haber limitado a un lapso excesivamente breve el tiempo que tuvo un defensor para preparar la audiencia pública de un caso de homicidio, cuantificando desde el momento de su designación hasta su intervención en esa audiencia, violentaba el derecho a la defensa. En este mismo orden de ideas, el Comité sostuvo en su Observación General 13 que para determinar si la defensa ha contado con tiempo adecuado para su preparación debe atenderse tanto al carácter de los procedimientos como a las circunstancias objetivas de cada caso, observando la complejidad de la acusación, el acceso al sumario y los plazos que marca la ley interna.

Igualmente, el Comité se ha referido a que el derecho a la defensa implica que ésta pueda contar con los medios adecuados para su ejercicio. El término medios es de considerable amplitud en el DIDH. Así por ejemplo, cabe con él aludir al acceso de la defensa a peritos y expertos, en términos de lo dispuesto por el artículo 8.2.f de la CADH. También a partir de esta noción, ha concluido el Comité que el derecho a la defensa es violado cuando se tornan perdedizos por causas imputables al Estado elementos indiciarios cuyo análisis podría haber beneficiado a la persona acusada, como lo hizo en el caso *Yaseen y Thomas vs. Guyana* (1998).

En estrecha relación con este tema, también existen precedentes que asocian el derecho a la defensa a la posibilidad de que la parte acusada pueda presentar testigos y contrainterrogar a los de cargo. En un caso sumamente ilustrativo del alcance del estándar, identificado como *Grant vs. Jamaica* (1994), el Comité consideró violado este derecho al quedar comprobado que un testigo de descargo no había podido comparecer a juicio para deponer ante la autoridad jurisdiccional por falta de recursos para pagar el transporte sin que ésta procurara activamente su asistencia facilitando los medios pertinentes.

La posibilidad de contradecir, como parte del derecho a la defensa, se entiende en el plano internacional respecto de todas y cada una de las pruebas que se introducen en el proceso y que pueden pesar en el ánimo del juzgador al resolver. Así, por ejemplo, en el ya citado caso Castillo Petruzzi (1999) la CorIDH determinó que era incompatible con la Convención Americana la legislación peruana que prohibía interrogar a las autoridades policiales y castrenses que habían intervenido en la detención de una persona que posteriormente fue sometida a juicio. Más aún, en lo atinente a situaciones vinculadas con el delicado fenómeno del narcotráfico, el Tribunal Europeo en el caso Saidi *vs.* Francia (1993) sostuvo que las normas especiales aplicables a los testigos en este tipo de asuntos "no pueden restringir" el derecho de la defensa a interrogar testigos.

Otra cuestión que ha sido frecuentemente discutida en el plano internacional ha sido la relativa a los alcances del derecho a la defensa y de la responsabilidad del Estado en su garantía, cuando se reclama la actuación negligente por parte del abogado defensor. La jurisprudencia internacional distingue dos supuestos: cuando el representante es un abogado particular contratado por la persona procesada y cuando la defensa recae en un abogado designado por el Estado. En la primera hipótesis, se ha sostenido que el Estado no puede ser internacionalmente responsable por las negligencias en que incurre el defensor, como lo ha establecido el Comité en los casos Henry *vs.* Jamaica (1991) y Robinson *vs.* Jamaica (2000). La excepción son aquellos casos en que la conducta del abogado es notoria y manifiestamente incompatible con el interés de la justicia, según lo señaló el mismo Comité en los casos Collins *vs.* Jamaica (1991), Tomlin *vs.* Jamaica (1996), Brown y Parish *vs.* Jamaica (1999), y Rickets *vs.* Jamaica (2002). En la segunda hipótesis, aunque existen precedentes en diversos sentidos, se suele determinar que el Estado puede ser responsable internacionalmente cuando la asistencia que proporciona por medio de la defensa pública es claramente deficiente. Por ejemplo, la CorIDH señaló en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez *vs.* Ecuador (2007) "[...] que la asistencia letrada suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas".

No obstante lo anterior, ha sido igualmente tratada en extenso la dimensión de eficacia que la representación legal debe satisfacer. Ésta, en efecto, debe ser

experimentada, competente y eficaz, como se desprende de la Observación General 13 del Comité. Tal contenido se ha considerado violentado cuando el defensor no ha asistido a determinadas diligencias, como lo hizo el Comité en el caso *Simpson vs. Jamaica* (2002). En los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados esta dimensión de eficacia aparece asociada también a la relación que medie entre la experiencia del abogado y la capacidad profesional que exija la complejidad de cada acusación en atención a la gravedad del delito imputado y la severidad de la potencial pena (Principio 6).

Resumiendo las anotaciones precedentes, afirmaremos aquí que el estándar internacional atinente al derecho a la defensa como mínimo comprende: que su existencia se comunique inmediatamente después de la detención a la persona indiciada; que pueda ejercerse desde las primeras diligencias; que quede bajo la responsabilidad de un defensor público si la persona imputada no designa a un defensor particular; que quien la ejerza y su representado puedan comunicarse libre y privadamente; que el imputado esté en condiciones de elegir a quien lo llevará adelante; que se permita acceso efectivo y oportuno al sumario; que el abogado cuente con los medios adecuados para cumplir su función; que se presenten testigos de descargo; que sea posible examinar a los testigos de cargo y en general controvertir la prueba esgrimida por la parte acusadora; y, más ampliamente, que la defensa sea eficaz.

Los componentes enumerados –y otros que por razones de espacio no hemos podido mencionar– pueden comprenderse de conjunto, a nuestro juicio, partiendo de la contraposición que la CorIDH propuso en el caso *Castillo Petruzzi* (1999) entre una defensa meramente formal y una defensa adecuada. Extendiendo esa distinción más allá del uso preciso que el Tribunal Interamericano adopta en esa sentencia –lo relativo al conocimiento oportuno de la acusación–, es posible afirmar que el desarrollo del estándar internacional sobre este derecho ha estado relacionado con la necesidad de robustecer las exigencias de la defensa para distinguir las modalidades de representación legal meramente formales que, así revistan de legalidad, son incompatibles con una comprensión de este derecho que sea armónica con la relevancia que tiene para el Estado de derecho y que se apegue al sentido perseguido en su elevación a rango de derecho fundamental: la cabal

protección de la persona procesada que al encarar un juicio de carácter penal se enfrenta, en condiciones de indefectible vulnerabilidad, al poder punitivo estatal. En efecto, los contenidos asignados al derecho a la defensa en las distintas fuentes del DIDH que hemos citado, revelan claramente una tendencia a ampliar los alcances de la defensa y dotar a este derecho de contenidos sustantivos más o menos precisos, que van más allá de comparecer a juicio para ofrecer pruebas.

En otras palabras, parafraseando el clásico aserto de Elías Díaz sobre el Estado de derecho, podemos concluir este acápite afirmando que de acuerdo con el estándar internacional aplicable no toda defensa es defensa adecuada: para el DIDH la asistencia letrada durante el proceso y la actividad procesal de la parte acusada no implican, por sí mismas, que la defensa haya sido adecuada. Para que así sea considerado las exigencias son mayores. A entender cuando ocurre así, distinguiendo la defensa meramente formal de la defensa adecuada, contribuyen decisivamente los parámetros revisados.

III. LA DEFENSA ADECUADA EN ALGUNAS SENTENCIAS RECIENTES DE LA SCJN

La Constitución mexicana reconoce el derecho a una "defensa adecuada" en las fracciones IX y X del artículo 20. Este derecho ha sido analizado por la SCJN en diversas sentencias, entre ellas algunas de la Novena Época a las que enseguida nos referiremos.

Un tema abordado por la SCJN tiene que ver con determinar si el defensor público debe ser abogado. Al resolver el amparo directo en revisión 816/97, el Pleno aprobó una tesis aislada con votación idónea para integrar tesis jurisprudencial, donde consideró que la Constitución no exigía que el defensor designado por el Estado fuera abogado y que por tanto cuando ello no ocurría no se conculcaba el derecho a una defensa adecuada. El Pleno consideró que: "el texto constitucional no consagra la garantía de que el defensor de oficio que nombre la autoridad deba ser abogado, lo que seguramente se debe a que el legislador se reservó la facultad de precisarlo, al considerar que un nombramiento de esta naturaleza dependerá de diversas circunstancias, entre ellas, las diferencias socioeconómicas y culturales

de cada región del país, que provocan que existan lugares en los que abundan los profesionales del derecho, pero también otros en los que es difícil encontrar un abogado, o bien, los existentes no deseen desempeñarse como defensores de oficio porque las percepciones que pueden ofrecerles las diversas entidades federativas no responden a sus expectativas [...].¹

Varios años después, esta cuestión volvió a discutirse parcialmente cuando fue resuelta la Contradicción de tesis 29/2004-PS. Dicha contradicción surgió debido a que el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito sostuvieron criterios contrapuestos, en lo concerniente a definir si el derecho a la defensa implica que ésta quede en manos de abogados titulados. El primero de dichos órganos jurisdiccionales había sostenido que así debería de ser, al resolver varios juicios de amparo directo en donde los quejosos señalaban entre sus conceptos de violación que el derecho a la defensa adecuada les había sido conculcado en razón de que en sus declaraciones ministeriales, que resultaron autoinculpatorias y por tanto se ponderaron como confesiones, no habían sido asistidos por abogados titulados. En cada uno de estos asuntos, ante la imposibilidad de que los indiciados designaran defensor particular, el agente del Ministerio Público a cargo de la diligencia había designado para que asistiera a los declarantes a un estudiante de derecho que realizaba pasantías bajo su dirección, sin que el joven siquiera acreditara su carácter de pasante con la respectiva carta al momento de asistir a los indiciados. Los amparistas señalaron, también, que sus declaraciones habían sido "fabricadas" por la autoridad ministerial. Por ello, el primero de los colegiados mencionados otorgó el amparo a los quejosos y sostuvo además que el derecho a una defensa adecuada no podía reducirse a la mera presencia física de una persona cualquiera, sino que debía implicar que el indiciado fuera efectivamente asesorado, lo que no podía ocurrir si el Ministerio Público designaba para asistirlo a un estudiante.²

¹ Por virtud de esa determinación del Pleno, fue adoptada la tesis P. LI/2000, de rubro: "DEFENSORES DE OFICIO EN MATERIA PENAL. EL ARTÍCULO 20, FRACCIÓN IX, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL NO EXIGE QUE TENGAN TÍTULO PROFESIONAL", que es visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XI, Novena Época, de abril de 2000, página 70.

² Los fallos del Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito supusieron la adopción de las tesis: "DEFENSOR. LA DESIGNACIÓN HECHA POR EL ESTADO DEBE RECAER EN UN DEFENSOR DE OFICIO, HOY DEFENSOR PÚBLICO.", "DEFENSOR PÚBLICO. CARECE DE VALOR

Por su parte, el segundo de los tribunales contendientes había sostenido justamente lo contrario en varios casos similares. En ellos los quejosos también se dolían de haber visto violado su derecho a la defensa adecuada en razón de que ellos en su primera declaración, que resultó autoinculpatoria, fueron asistidos por estudiantes de derecho que hacían prácticas profesionales en la agencia del ministerio público. Al resolver los juicios de amparo directo el tribunal mencionado consideró que tal derecho no habían sido conculcado. Ello en virtud de que, a su juicio, ni la Constitución ni la legislación secundaria aplicable establecían que el defensor de oficio durante la averiguación previa tuviera que ser abogado,³ como ya lo había establecido el Pleno de la SCJN.

Al resolver la contradicción de criterios en estos casos, ilustrativos por cierto de prácticas a las que suele recurrir la autoridad ministerial, la Primera Sala de la SCJN interpretó el contenido del artículo 20 constitucional. Así, señaló inicialmente que en ese numeral se consagra el "derecho de defensa" a favor del procesado, en una amplia acepción que abarca "1) que se le informe de la acusación, 2) rendir declaración, 3) ofrecer pruebas, 4) ser careado, y 5) tener un defensor". Además, distinguió que el precepto contempla dos momentos diversos en los que ese derecho puede ejercitarse, siendo estos la averiguación previa y el proceso. En cuanto al asunto que motivó la contradicción, la Primera Sala determinó que el derecho a la defensa adecuada se violenta "si 'cualquier persona' es nombrada por el propio Estado para que defienda al gobernado". En su resolución señaló: "El Estado como tal, encargado de velar por la protección de las garantías individuales, debe otorgar certeza jurídica en este aspecto, y ello se logra, a través de la institución de la defensoría pública, misma que, para satisfacer las expectativas que le dieron

PROBATORIO LA DECLARACIÓN DEL INculpADO CUANDO LA DESIGNACIÓN HECHA POR EL MINISTERIO PÚBLICO PARA RECIBIRLA NO RECAE EN UN DEFENSOR DE OFICIO." y "CONFESIÓN MINISTERIAL. CARECE DE VALOR PROBATORIO CUANDO LA DESIGNACIÓN HECHA POR EL MINISTERIO PÚBLICO PARA RECIBIRLA NO RECAE EN UN DEFENSOR DE OFICIO, HOY DEFENSOR PÚBLICO." Las tesis referidas (XXIII.1o. J/15, XXIII.1o. J/16, XXIII.1o. J/17, son visibles en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo X, Novena Época, de octubre de 1999, págs. 1178, 1179, 1172

³ Las resoluciones de este tribunal originaron la tesis III.2o.P. J/1, de rubro "DEFENSOR DE OFICIO. NO ES VIOLATORIO DE GARANTÍAS QUE EL MINISTERIO PÚBLICO DESIGNE COMO TAL, A UN PASANTE EN DERECHO", visible en la página 420 del *Semanario Judicial de la Federación*, tomo II, Novena Época, de diciembre de 1995.

origen, debe estar conformada por profesionales del derecho". Es decir, la Primera Sala consideró que los defensores públicos, para serlo y en acatamiento al derecho a una defensa adecuada, debían probar ser abogadas o abogados titulados dentro de los autos, incluso durante la fase de la averiguación previa. Consecuentemente, adoptó la tesis de rubro:

DEFENSOR PÚBLICO EN MATERIA PENAL FEDERAL. DEBE CONTAR CON TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO." Ésta señala en su texto, entre otras cosas, que la defensa adecuada implica que las personas procesadas puedan estar asesoradas "[...] por profesionales del derecho, por personas con capacidad en la materia que puedan defender con conocimiento jurídico y suficiente sus intereses, a fin de que su garantía de seguridad jurídica en los procedimientos penales se vea respetada.

No obstante que ello significó un avance importante respecto del criterio que hasta entonces había prevalecido, la propia resolución de la SCJN denota que más que una interpretación constitucional que desentrañara el contenido esencial del derecho a la defensa estuvo guiada predominantemente por consideraciones de estricta legalidad, vinculadas con su análisis sobre la regulación aplicable a la Defensoría Pública Federal. Así lo pone de relieve que en su fallo la Primera Sala no se haya apartado por completo de la Tesis de Pleno LI/2000, ya citada más arriba cuando nos referimos al amparo directo 816/97, aduciendo que ésta seguía siendo atendible en casos donde la asistencia jurídica era proporcionada por defensores de oficio mas no así cuando intervenían defensores públicos. En otras palabras, la Sala determinó que si en el ámbito federal o en el de alguna entidad la legislación secundaria había sido modificada para dejar la asistencia legal proporcionada por el Estado a cargo de "defensores públicos" y ya no de "defensores de oficio", ello implicaba que dicha asistencia debía recaer en abogados y abogadas tituladas. Obviamente, tal interpretación suponía también que donde esa reforma no hubiese sido adoptada los inculpados podían seguir siendo asistidos por defensores carentes de título y cédula –inclusive por estudiantes en prácticas profesionales– sin que ello menoscabara el derecho a la defensa adecuada.

Aunado a ello, en el 2006 una sentencia dictada por la Primera Sala fijó jurisprudencia en el sentido de que no existe obligación legal alguna que exija que

el defensor público interviniente en la declaración ministerial deba ser abogado. Así, en el juicio de amparo directo 1908/2005 retomó los argumentos que habían sido sostenidos por la Primera Sala al resolver los amparos directos en revisión 189/99, 1050/2000, 1012/2000 y 1747/2005.⁴ En la ejecutoria dictada dentro del primero de esos juicios, de la que partió el razonamiento posteriormente prevaleciente, la SCJN analizó el artículo 20 constitucional y concluyó que el derecho a la defensa adecuada a que se refiere en sus fracciones IX y X, párrafo cuarto, es de alcances diversos, de modo que la garantía de defensa contenida en la fracción IX (defensa adecuada en el proceso) adquiere un ámbito mayor de protección frente a la prevista en el párrafo cuarto de la fracción X (defensa adecuada en la averiguación previa). La Sala sostuvo su criterio considerando lo que denominó factores jurídicos y factores reales. Respecto de los primeros, afirmó que la defensa adecuada en la averiguación previa está sujeta a las limitaciones que establezca el legislador ordinario y de ello derivó que éste no exige que haya asesoramiento profesional en la fase a cargo del ministerio público pues, precisamente, el legislador secundario no lo ha exigido. En cuanto a los factores reales, la SCJN consideró que hay obstáculos fácticos que impiden que la defensa adecuada sea ejercida en la averiguación previa del mismo modo que se ejerce en el proceso. Así, la SCJN determinó que "el derecho a una defensa adecuada, como ya se dijo, puede ser colmada indistintamente con la designación de un abogado profesional del ramo o por persona de confianza nombrada por los [...] inculpados". El Máximo Tribunal también estimó que: "En cuanto al vocablo "abogado" [...] en ese concepto quedan comprendidas todas las personas que en términos de ley se encuentran autorizados para "abogar", esto es, para actuar por otros en la práctica de las actuaciones y diligencias ministeriales [...] no es de aplicación exclusiva para un licenciado en

⁴ De dichos asuntos surgió la tesis de jurisprudencia 1a./J. 31/2003, de rubro "DEFENSA ADECUADA. DIFERENCIAS ENTRE LOS ALCANCES Y EFECTOS DE LAS GARANTÍAS CONSAGRADAS EN LAS FRACCIONES IX Y X, PÁRRAFO CUARTO, APARTADO A, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL", visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XXIII, Novena Época, de junio de 2003, pág. 49. Además, también se desprendió la tesis de jurisprudencia 1a./J. 9/2006, de rubro "DECLARACIÓN ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN. NO CONSTITUYE REQUISITO LEGAL QUE LA PERSONA QUE ASISTA A LOS INCULPADOS EN SU DESAHOGO SEA UN LICENCIADO EN DERECHO", visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XXIII, Novena Época, de marzo de 2006, pág. 83.

derecho, sino que es incluyente de cualquier persona que legalmente se encuentre autorizada, en términos de la ley de la materia, para actuar por otro en la fase investigadora de un hecho delictivo".

Sobre las implicaciones de esa decisión, la SCJN señaló ahí: "No escapa a esta Sala colegiada las deficiencias e inconvenientes que pueda representar el que esta clase de asistencia legal no sea procurada por un profesional del ramo [...] sin embargo, también es verse que la eficiencia a que se alude y se pregona, en forma alguna, puede ser garantizada por el hecho de que esa garantía individual sea ejercida por un licenciado en derecho". Además, agregó que: "no en todos los lugares del país en el que se inicie una averiguación previa federal, las autoridades persecutoras de delitos se encuentran en posibilidades reales de designar a un abogado titulado como defensor de los inculpados [...] en algunas zonas del país existe imposibilidad fáctica de contar con esa clase de profesionales para que presten esa asistencia legal en el desahogo de las diligenciadas ministeriales; y que además estén en disponibilidad de desempeñar esa función asistencial en forma gratuita".

Todo esto llevó a la Sala a establecer que en el concepto de defensa adecuada: "deben incluirse tanto [el derecho] a un abogado titulado como a una persona que no sea perito en derecho, cuya actividad se caracterice por ser real, eficaz y directa en todas aquellas diligencias en las que cronológicamente sea posible su intervención para la debida integración de esa fase investigadora" [...].

Relacionado con el anterior existe otro fallo que aborda el tema de la defensa adecuada. Se trata de la jurisprudencia que se fijó a partir de los juicios de amparo en revisión 600/99, 251/2002, 1317/2002, 98/2003 y 1440/2003.⁵ Ahí la SCJN determinó que la defensa adecuada no implica que el ministerio público tenga que

⁵ Dichos asuntos llevaron a la adopción de la tesis de jurisprudencia 1a./J. 31/2004, de rubro: DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. SU EJERCICIO NO ESTÁ SUBORDINADO A QUE EL MINISTERIO PÚBLICO TENGA QUE DESAHOGAR TODAS LAS DILIGENCIAS QUE PRACTIQUE CON LA PRESENCIA DEL INculpADO O SU DEFENSOR (INTERPRETACIÓN DE LAS FRACCIONES IX Y X DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL), visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XIX, de mayo de 2004, pág. 325.

desahogar todas las diligencias en presencia del inculpado o su defensor. En dicha resolución, la defensa adecuada es entendida como un derecho que involucra: la aportación oportuna de pruebas idóneas; la promoción de medios de impugnación frente a los actos de autoridad que afecten los intereses legítimos de la defensa; la argumentación sistemática del derecho aplicable al caso concreto; y, el empleo de todos los beneficios que la legislación procesal establece para la defensa. En ese sentido, destacó que "el concepto de defensa adecuada [...] no consiste [...] en que] el inculpado o su defensor deban participar en el desahogo de todas y cada una de las diligencias que se practiquen durante la averiguación previa [...]".

La Primera Sala volvió a analizar el contenido del derecho a la defensa adecuada al resolver la Contradicción de Tesis 29/2004-PS. Ésta versó sobre la acreditación del delito de falsedad de declaraciones cuando una persona acude ante la autoridad ministerial para denunciar voluntariamente hechos delictivos en los que realmente participó como sujeto activo, ocultando este último aspecto. Específicamente, el Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito había sostenido que en esa hipótesis el delito se configuraba dado que al denunciar voluntariamente el ilícito el que a la postre sería imputado no había comparecido con tal carácter, por lo que no se violentaba su derecho a no autoincriminarse ni su derecho a defenderse adecuadamente.⁶ Por su parte, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito había determinado que en tales casos el delito no se configuraba en razón de que, a su juicio, el inculpado está exento de que su declaración constituya el delito de falsedad en declaraciones e informes dados a una autoridad aun cuando en efecto falte a la verdad, en acatamiento de los derechos conferidos por el artículo 20 constitucional, entre ellos los de no autoincriminarse y defenderse.

En este caso, la Sala determinó que sí se acreditaba el delito, dado que los derechos que la Constitución establece a favor de las personas procesadas no podían extenderse a quien habiendo cometido un delito declara como falso agraviado con

⁶ Esa resolución dio pie a la tesis de rubro "FALSO TESTIMONIO. CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE CUANDO EL ACTIVO SE OSTENTA COMO DENUNCIANTE", visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XI, Novena Época, de mayo de 1993, pág. 331.

la intención de evadir su responsabilidad.⁷ Ahora bien, en lo que interesa a los fines de este trabajo, la SCJN determinó que la garantía de no autoincriminación es una especie de la "garantía genérica de defensa", prevista en las fracciones IV, V, VII y IX del artículo 20 constitucional. Bajo esas consideraciones, en el fallo que se comenta la Primera Sala realizó una extensa conceptualización de lo que entiende por "garantía genérica de defensa". Ésta, según ahí se señala, estaría integrada por la garantía de no autoincriminación, que incluiría el derecho a guardar silencio; y la que denomina garantía específica de defensa adecuada. De acuerdo con la resolución de la Primera Sala tal garantía "[...] se distingue del derecho a la no autoincriminación, ya que otorga al inculpado el derecho a una defensa adecuada mediante actos positivos, es decir, mientras que el derecho a la no autoincriminación supone la inactividad del sujeto sobre el que recae la imputación (el derecho frente a la autoridad de no confesar o confesarse culpable), el derecho de defensa recae en otros derechos subjetivos comprendidos en las fracciones IV, V, VI, VII y IX del mismo artículo 20 [...]".

De acuerdo con esta interpretación, los derechos subjetivos sobre los que recae la garantía específica de defensa estarían relacionados con actos positivos realizados por el procesado y su representante, tales como sostener careos con quienes deponen en contra del primero; ofrecer pruebas; acceder a los datos que constan en el expediente; recibir información sobre los derechos conferidos por la Constitución; ser asistido por defensor o persona de confianza; y ser juzgado en audiencia pública. En este sentido, explica la resolución que: "[...] el derecho de defensa comprende derechos específicos en los que el inculpado puede manifestarse activamente para probar su inocencia y las correlativas obligaciones de la autoridad [...]". En cuanto a la posibilidad de ser asistido por defensor, la resolución vuelve a emplear –de un modo un tanto confuso por repetitivo– la noción de "defensa adecuada" para aludir a este derecho subjetivo y señala que comprende "[...] los

⁷ Originando en consecuencia la tesis de rubro "DELITOS DE FALSEDAD EN DECLARACIONES Y FALSO TESTIMONIO RENDIDOS ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO LOCAL (ARTÍCULOS 168 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE JALISCO Y 157 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO, RESPECTIVAMENTE), SE CONFIGURAN CUANDO EL SUJETO EN CALIDAD DE DENUNCIANTE DECLARA FALSAMENTE EN RELACIÓN CON LOS HECHOS DELICTIVOS EN LOS QUE ESTÁ INVOLUCRADO", visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XXI, Novena Época, de enero de 2005, pág. 94.

derechos del inculpado de que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso, así como de ser informado de las garantías que a su favor contiene la Constitución y a tener derecho a un defensor, ya sea nombrado por él o, en caso de no hacerlo, designado de oficio por el Juez."

Finalmente, el tema que nos ocupa fue tratado de nueva cuenta en la Contradicción de Tesis 160/2006, cuya respectiva resolución será la última que analizaremos aquí. Ésta versó sobre el derecho a la defensa adecuada en la segunda instancia y tuvo lugar entre el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito, y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito. Básicamente, dichos órganos jurisdiccionales habían discrepado al determinar el primero de los nombrados que la designación de un defensor público ante la inasistencia del particular para efecto de desahogar la audiencia de vista en segunda instancia no violaba los derechos del recurrente. El segundo, que tal designación violaba el derecho a la defensa adecuada en razón de que pasaba por alto la expresa designación de un defensor particular por parte del apelante.⁸ Por su parte el tercero de los colegiados aludidos consideró que lo violatorio era no designar al defensor de oficio ante la ausencia del particular a la audiencia de vista de segunda instancia.⁹ El último de los colegiados mencionados determinó a su vez que en efecto se violentaban garantías, dado que la inasistencia del defensor particular debía en todo caso ser notificada previamente a la persona sentenciada para que al darle vista manifestara lo que su derecho conviniera.¹⁰ En breve, el punto en disputa consistía en establecer si a la ausencia en

⁸ Derivando del criterio del Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito la tesis jurisprudencial de rubro: AUDIENCIA DE VISTA EN SEGUNDA INSTANCIA EN JUICIO PENAL FEDERAL. ANTE LA INASISTENCIA DEL DEFENSOR PARTICULAR, LA DESIGNACIÓN OFICIOSA DEL PÚBLICO FEDERAL EN EL ACTO DE LA DILIGENCIA, IMPLICA UNA LIMITACIÓN A LA GARANTÍA DE DEFENSA", visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XXII, Novena Época, noviembre de 2005, pág. 663.

⁹ Del criterio del Cuarto Tribunal Colegiado, surgió la tesis jurisprudencial de rubro: "APELACIÓN EN MATERIA PENAL. AUDIENCIA DE VISTA, ANTE LA AUSENCIA DE DEFENSOR PARTICULAR EN LA, Y POR LA OMISIÓN DE FORMULAR AGRAVIOS, ES OBLIGACIÓN DE LA AUTORIDAD RESPONSABLE NOMBRAR DEFENSOR DE OFICIO AL SENTENCIADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)", visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XVII, Novena Época, enero de 2003, pág. 1585.

¹⁰ Adoptando por virtud de ello la tesis aislada de rubro: "DEFENSOR DE OFICIO. SU DESIGNACIÓN POR EL JUEZ SÓLO PUEDE REALIZARSE CUANDO EL INculpADO NO QUIERA O NO PUEDA

la audiencia de vista del defensor particular designado por el inculcado para la apelación debía seguir o no la designación de un defensor de oficio durante el curso de esa diligencia.

En su resolución, la Primera Sala reiteró que la Constitución "establece como derecho fundamental que todo inculcado que desde el inicio de su proceso tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza", y en sintonía con la jurisprudencia 1a./J. 31/2003 volvió a señalar "[...] que los indiciados, procesados y sentenciados tienen la atribución legal debida de exigir y ejercer con eficiencia y eficacia esa garantía desde el momento mismo de su puesta a disposición ante el órgano jurisdiccional federal, o bien, durante el transcurso de los diversos periodos que comprende el proceso penal federal". A partir de estas y otras consideraciones, determinó la Sala que no se respeta la garantía de defensa adecuada cuando la audiencia de vista de la segunda instancia se lleva a cabo con la sola presencia del defensor público, cuando éste es designado en este mismo acto por virtud de la inasistencia del particular. Entre otros argumentos, la resolución menciona que la designación en la misma audiencia de vista del defensor público no podría permitir una cabal preparación de esa diligencia por parte de dicho representante legal. Consecuentemente, adoptó como criterio la tesis de rubro: "AUDIENCIA DE VISTA EN SEGUNDA INSTANCIA. SI ANTE LA INASISTENCIA DEL DEFENSOR NOMBRADO POR EL INCULPADO AQUÉLLA SE CELEBRA CON LA PRESENCIA DEL DEFENSOR PÚBLICO FEDERAL DESIGNADO OFICIOSAMENTE EN EL ACTO DE LA DILIGENCIA POR EL TRIBUNAL DE ALZADA, SE VULNERA LA GARANTÍA DE DEFENSA ADECUADA".¹¹ Entre otras cosas, dicha tesis menciona que "no se garantiza la eficacia de la defensa, en la medida en que no se le otorga el tiempo ni los medios para su preparación y alegar en la audiencia u ofrecer pruebas".

En el texto de la resolución que resolvió la contradicción de tesis, vale la pena destacar, se citan algunos de los estándares internacionales a los que nos referimos

NOMBRARLO DESPUÉS DE HABER SIDO REQUERIDO PARA HACERLO", visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XIV, Novena Época, agosto de 2001, pág. 1316.

¹¹ Visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XXV, Novena Época, de mayo de 2007, pág. 102.

al inicio de este trabajo. Así, la Primera Sala hace referencia a varios casos del TEDH y de la CorIDH; también alude en su sentencia, expresamente, a la Observación General 13 del Comité.

IV. LAS SENTENCIAS DE LA SCJN FRENTE A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Al contrastar con estándares internacionales de derechos humanos las sentencias más recientes en que el Máximo Tribunal mexicano ha definido los alcances del derecho a la defensa adecuada, lo primero que salta a la vista es que el número de sentencias relacionadas con este derecho sea relativamente bajo. Contrario a lo que podría pensarse, atendiendo a la relevancia de este derecho y teniendo en mente su menguada vigencia en México, son pocas las resoluciones abocadas a su tutela. Los temas que estas sentencias tocan quedan, además, limitados a unos cuantos supuestos. Esto resalta frente a la considerable pluralidad de cuestiones que sobre el derecho a la defensa se han planteado en sede internacional. Máxime considerando que los cuadros fácticos de algunos de los asuntos decididos en dicho ámbito son muchas veces análogos los que se presentan con frecuencia en la práctica mexicana. Como han señalado Magaloni e Ibarra (2008), la escasez de las sentencias de la SCJN que se relacionan con el derecho a una defensa adecuada no puede verse sólo como consecuencia de que sean los tribunales colegiados de circuito los que en México conozcan los juicios de amparo directo, pues la SCJN cuenta con bastantes posibilidades legales para atraer a su jurisdicción asuntos de esta índole —como, por cierto, ha comenzado a hacerlo muy recientemente.

En cuanto a los temas específicos que estas sentencias tocan, su examen a la luz del DIDH aporta algunas reflexiones relevantes. La definición misma del derecho a la defensa adecuada que ha ido acuñando la SCJN es cuestionable desde este parámetro. Y es que, como hemos visto, la SCJN no ha terminado por articular una definición consistente de este derecho, lo que lleva a formulaciones, si no contradictorias, al menos sí confusas. La resolución dictada dentro de la Contradicción de Tesis 29/2004-PS es ejemplo de esta situación: en una misma sentencia, señaló el Tribunal que la "garantía genérica de defensa" se encontraba prevista en las fracciones IV, V, VII y IX del artículo 20 constitucional; que la "garantía

específica de defensa adecuada" es un componente de aquella y que esta garantía específica implica entre otras posibilidades procesales contar con una "defensa adecuada". Esta distinción –entre la defensa como garantía genérica, como garantía específica y como contenido de una garantía específica– no contribuye a clarificar los límites y alcances del derecho y ejemplifica que sus contornos son todavía indefinidos en la jurisprudencia de la SCJN. Por lo demás, no se vuelve a retomar en los posteriores fallos. Las otras sentencias que hemos revisado tampoco avanzan un tratamiento más sistemático al contenido de este derecho. Y aunque el fallo que resolvió la Contradicción de Tesis 160/2006 da pasos hacia una comprensión distinta del derecho a la defensa adecuada, aún es muy reciente para afirmar que esa concepción vaya a prevalecer. Así, no es del todo claro qué entiende la SCJN por defensa adecuada. Esta situación difiere de la observable en el DIDH, donde el contenido del derecho a la defensa se ha desarrollado de un modo mucho más consistente.

Otro aspecto contrastante aparece al analizar la Contradicción de Tesis 29/2004-PS, donde se revisó si la defensa adecuada puede quedar bajo la responsabilidad de una persona que no sea profesionista del derecho. En el DIDH, la asistencia brindada a las personas que son acusadas en un proceso penal debe estar a cargo, ni duda cabe, de letrados con conocimiento y competencia suficiente para hacerse cargo de esa elevada responsabilidad. Sobre esta cuestión, es muy importante destacar que si bien el sentido de la sentencia con que se dirimió esta controversia se acerca al estándar internacional, la racionalidad que subyace al fallo no se aviene bien con aquél: a fin de cuentas, lo que la SCJN determinó es que los defensores públicos federales que intervienen en la fase de averiguación previa deben ser abogados titulados, pero expresamente restringió los alcances de ese criterio en el caso de los defensores de oficio, en una distinción poco afortunada. En sentido estricto, esta posición no supuso establecer a cabalidad que el contenido del derecho constitucional a una defensa adecuada era incompatible con el ejercicio de la misma a cargo de personas carentes del título profesional que habilita para ello. Sostener que la asistencia legal puede no quedar en manos de un letrado porque hay regiones donde ello no es posible y desarrollar una noción tan amplia de la abogacía como la que sostuvo la SCJN en algunas sentencias, claramente desdibuja

el contenido esencial del derecho a una defensa adecuada para normalizar situaciones fácticas que, en realidad, deberían ser consideradas con mayor severidad.

Otro aspecto que sobresale es el relacionado con los alcances del derecho a una defensa adecuada dentro de la averiguación previa. Mientras que en el estándar internacional puede distinguirse un deliberado intento de ampliar los alcances de este derecho en la etapa administrativa o policial del procedimiento, en las sentencias de la SCJN la tendencia parece estar marcada por la limitación del derecho en virtud de la alegada naturaleza jurídica diversa de la fase inicial y del proceso. Llama la atención que así ocurra en México dado que por las propias características del sistema de justicia penal todavía vigente, es la etapa inicial la que en buena medida determina la suerte del indiciado.

En lo que toca a la Contradicción de Tesis 160/2006, el tema de fondo no parece demasiado controversial desde la óptica del DIDH. Parámetros como los citados en la primera parte de este trabajo son muy contundentes al determinar que el defensor debe estar presente en las audiencias del caso que involucra a su representado y que éste tiene derecho a elegir al profesionista en quien confíe para realizar esa labor. De ahí que no parezca especialmente arduo concluir que la ausencia del defensor durante la audiencia de vista en la segunda instancia tendría que motivar el aplazamiento de la diligencia y provocar que el recurrente fuera consultado sobre su intención de seguir representado por el mismo profesionista, antes que llegar al extremo de designar a un defensor público que no ha conocido el caso y que, a diferencia del particular, no sería elegido por su defendido. Con todo, a pesar de que desde el estándar internacional la complejidad del tema de fondo fuese relativamente obvio y dejando de lado que ciertamente no constituye éste uno de los temas más urgidos de revisión en el tema que nos ocupa, esta resolución tiene el mérito de incorporar una argumentación que retoma elementos del DIDH al citar expresamente algunos de los referentes normativos y jurisprudenciales que conforman el estándar sobre derecho a la defensa.

Pero el contraste más notorio surge al observar que si en el DIDH el contenido del derecho a la defensa se ha ampliado y robustecido para que éste sea efectivo y real en las diversas circunstancias que rodean a su ejercicio, en las sentencias

de la SCJN su comprensión sigue siendo marcadamente formalista. Magaloni e Ibarra (2008) lo han destacado al señalar que en los criterios de la SCJN sobre este particular destaca la ausencia de razonamientos sustantivos y la frecuencia con que el derecho a una defensa adecuada es equiparado a la realización de determinados actos procesales, que relegan la reflexión sobre los contenidos axiológicos de este derecho. El punto de vista de las autoras se ve corroborada al comparar las sentencias de la SCJN con los estándares internacionales. En las primeras, el derecho a la defensa adecuada es entendido casi siempre de un modo que deja de lado las dimensiones de eficacia de su ejercicio; en los segundos, ocurre lo contrario: casuísticamente se analiza siempre con mucho cuidado si la defensa, más allá de la mera actividad procesal, ha podido ser efectiva. El contraste es significativo y podría resumirse diciendo que el estándar internacional, a diferencia de algunas de las sentencias aquí vistas, centra su atención más en que la defensa sea efectiva que en la letra del precepto o en la simple actividad procesal.

V. CONCLUSIÓN

Paradójicamente en el plano internacional, donde los normas convencionales no asignan expresamente una dimensión sustantiva al derecho a la defensa, la interpretación de esas disposiciones continuamente ha realzado esta dimensión a tal punto que los alcances del derecho se han expandido progresivamente. Por el contrario, en el contexto nacional donde la norma máxima asigna expresamente una cualificación sustantiva al derecho a la defensa al preceptuar que ésta sea adecuada, la interpretación autorizada generalmente ha quedado limitada a enfatizar sus aspectos formales de mera legalidad.

Esa tendencia parece comenzar a cambiar y es posible distinguir en los criterios adoptados por la SCJN una recuperación de los principios de derecho penal sustantivo que habían sido relegados por la construcción jurisprudencial de un derecho penal legal de cuestionable constitucionalidad. En este sentido, mucho se ha hablado durante el último año de los criterios adoptados por la SCJN en los casos *Acteal*, *Teresa González* y *Alberta Alcántara*, y *Atenco*. No obstante, las inercias por remontar son extraordinariamente fuertes. Habrá que verificar en los años por venir si los criterios adoptados por la SCJN de verdad impactan en el modo en que

los magistrados y jueces del Poder Judicial de la Federación resuelven los asuntos penales sometidos a su jurisdicción pero, sobre todo, tendrá que verificarse empíricamente si los jueces y magistrados de los poderes judiciales de cada entidad federativa y el Distrito Federal realmente modifican sus arraigadas prácticas. El desarrollo de mejores condiciones para el ejercicio de la defensa adecuada será, sin duda, un buen termómetro para medirlo.

Sobre todo, dado que el contexto actual genera nuevas amenazas para el correcto ejercicio de este derecho. Cuestiones como las afectaciones a la defensa en los casos de las personas arraigadas; el uso excesivo de testigos protegidos; la obstaculización de la labor de defensores y defensoras en los centros federales de readaptación de máxima seguridad; la adopción de un subsistema de investigación y juzgamiento de virtual excepción en casos de delincuencia organizada; el desamparo de muchas personas procesadas frente a las deslealtades de sus defensores particulares, en medio de la falta de regulación y organización del ejercicio de la abogacía; las limitaciones en el acceso a la justicia de las personas indígenas; el casi nulo acceso de la defensa pública a servicios periciales y labores investigativas; los riesgos que enfrentan las defensoras y los defensores de derechos humanos; entre otros, son situaciones fácticas que demandan repensar los límites y alcances del derecho a la defensa adecuada.

Hasta ahora, la labor del Máximo Tribunal no ha llevado a la expansión y el robustecimiento del derecho a una defensa adecuada. Los contenidos del derecho están, como se ha visto, por construirse en la jurisprudencia y las sentencias de la SCJN. Para ello, los estándares internacionales pueden ser un referente útil. Esa edificación, diremos para concluir, es fundamental para superar los vicios que arrastra el sistema de justicia penal en México pues, como ha destacado Miguel Sarre, una defensa adecuada es "el camino inevitable para hacer valer el resto de los elementos del debido proceso" (Sarre, 2007 : 32).



*En*constitucionalidad
del delito de encubrimiento
por receptación
(*Contradicción de tesis*
123/2006-PS)

CARMINA CORTÉS RODRÍGUEZ*

I. ESTÁNDARES INTERNACIONALES RELATIVOS AL PRINCIPIO DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL

 El principio de legalidad en materia penal es aceptado por la mayoría de los países como una abierta reacción a la arbitrariedad con la que en pretéritos tiempos solían desarrollarse los juicios del orden criminal.

Su mejor expresión a nivel legislativo es aquella fórmula que prohíbe imponer pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Esta garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal deriva de los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, los cuales tienen como propósito dar seguridad jurídica a los gobernados y evitar arbitrariedades gubernamentales.

De conformidad con tales principios, no puede considerarse como delito un hecho que no esté señalado por la ley como tal y, por tanto, tampoco es susceptible de acarrear la imposición de una pena. Así también, para todo hecho catalogado como delito, la ley debe prever expresamente la pena que le corresponda, en caso de su consumación. Ello impone a su vez la obligación de tipificar de manera previa las conductas o hechos que se reputen como ilícitos y sus correspondientes penas.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 9o., expresa la garantía de legalidad del siguiente modo:

Artículo 9o.- Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la omisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Este principio es refrendado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo artículo 15 se dispone:

Artículo 15

1.- Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2.- Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Es conveniente precisar que este principio de exacta aplicación de la ley no sólo obliga al legislador a establecer que un hecho es delictuoso, sino también a que describa con claridad y precisión el hecho o la conducta que se considera de-

lictiva, y que no contenga ambigüedades, de tal suerte que se advierta cuál es la conducta sancionable para que el particular no quede sujeto a la discrecionalidad del juzgador al aplicar la ley.

Las leyes se deben formular con suficiente explicitud y precisión detallada de la conducta tipificada como delito a fin de que las personas puedan planificar sus actos y determinar deliberadamente sus valores y conducta. La ambigüedad en la tipificación del delito suscita dudas y crea oportunidades para el abuso de poder, particularmente cuando se trata de probar la responsabilidad penal de las personas y sancionar su conducta con penas que afecten los valores supremos de la vida y la libertad.¹

En torno a esta problemática se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, al analizar las garantías procesales y a la protección judicial contenidos en los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos Humanos y 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre la materia,² y lo ha hecho en estos términos:

160. La Comisión se ha manifestado oportunamente respecto a las protecciones procesales y sustantivas inherentes al derecho a las garantías judiciales, reitera su posición en oportunidad de pronunciarse sobre los estándares que deben respetarse por el Estado en el momento de implementar políticas para enfrentar los problemas surgidos de hechos violentos criminales. Del mismo modo, reafirma la necesidad de utilizar como marco de análisis respecto a los niveles de garantía y protección de este derecho el que proporcionan los principios fundamentales del derecho penal, reconocidos in-

¹ Informe amplio del estado de la aplicación de la resolución 1540 (2004), consultable en la dirección electrónica www.un.org

² Conviene hacer referencia al artículo XXVI de la citada Declaración Americana, el cual consagra la garantía de legalidad del siguiente modo:

Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

ternacionalmente. Entre estos principios, la Comisión ha mencionado: el principio de presunción de inocencia, y los principios de *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, y *non bis in idem*. En este sentido, la Comisión recuerda que, conforme a los principios de legalidad y retroactividad incorporados en el artículo 9 de la Convención Americana y en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los Estados deben abstenerse de incorporar en su ordenamiento interno tipos penales abiertos, legislado, por el contrario, en materia penal a partir de la definición precisa e inequívoca de los delitos y las sanciones que pueden recaer sobre los mismos.

El principio de exacta aplicación de la ley en materia penal ha sido invocado y aplicado en numerosos casos penales resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y generalmente constituye parte del preámbulo de sus ejecutorias. Al respecto, podemos invocar algunos casos relevantes:

a) Caso Lori Berenson Mejía *vs.* Perú

La señora Lori Berenson fue condenada a cadena perpetua por el cargo de traición a la patria. El cuestionamiento que se planteó en el ámbito sustantivo fue en torno al principio de legalidad establecido en el literal d) inciso 24 del artículo 2 de la Constitución peruana y en el artículo 9 de la Convención Americana, concretamente desde sus exigencias de certeza o taxatividad de los tipos penales. Lo anterior debido a que los diversos tipos penales de terrorismo y traición a la patria presentaban elementos similares que generaban indeterminación en el tipo aplicable. Ambos tipos empleaban términos y conceptos ambiguos y genéricos que ampliaban el margen de discrecionalidad de la policía, el Ministerio Público y los Jueces en la calificación típica. En este asunto, la Corte estimó que se violó en perjuicio de la demandante el artículo 9 de la Convención, por los motivos antes apuntados.

b) Caso Yvon Neptune *vs.* Haití

Al señor Neptune se le procesó como cómplice en relación con "la masacre de La Scierie" ocurrida el once de febrero de dos mil cuatro, que causó la

muerte de numerosas personas. El alegato principal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consistió en que la perpetración de una "masacre" no es un delito que parezca estar incluido o definido en la legislación penal interna de Haití.

En su ejecutoria, la Corte sostuvo lo siguiente:

125. La Corte ha considerado que el principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática. Al establecer que "nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable", el artículo 9 de la Convención obliga a los Estados a definir esas "acciones u omisiones" delictivas en la forma más clara y precisa que sea posible. L respecto, la Corte ha establecido:

[...] Con respecto al principio de legalidad en el ámbito penal, [...] la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.

En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo.

En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita.

En este sentido, corresponde al Juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en [la adecuación] de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico.

c) Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de veinticinco de noviembre de dos mil cinco

En el presente asunto, los actores fueron sentenciados en la República del Perú por "jueces sin rostro" y por el delito de terrorismo.

Para resolver, la Corte sostuvo lo siguiente:

188. Con respecto al principio de legalidad penal, la Corte ha advertido que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punible o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.

d) Caso *De la Cruz Flores vs. Perú*

En el referido asunto, la parte actora, médico de profesión, fue sentenciada por "jueces sin rostro" a veinte años de prisión, por el delito de terrorismo. Si bien el Tribunal Constitucional del Perú emitió sentencia en la cual declaró la inconstitucionalidad de algunas normas, no hizo especial pronunciamiento en torno a la inconstitucionalidad del tipo penal de terrorismo y a pesar de haberse ordenado a la Sala Nacional de Terrorismo que anulara la sentencia del reo, la parte actora continuaba detenida en calidad de condenada por el referido delito.

En sus alegatos, la Comisión Interamericana sostuvo lo siguiente:

f) El principio de legalidad tiene un desarrollo específico en la tipicidad, la cual garantiza, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca cuáles comportamientos son sancionados y, por otro, protege la seguridad jurídica;

e) En el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez con respecto a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, del veintisiete de enero de dos mil nueve, se plasmaron consideraciones complementarias sobre la jurisprudencia de la Corte en torno al principio de legalidad, y se sostuvo que:

4. La jurisprudencia de la Corte se ha referido al concepto nuclear o literal de la legalidad: previsión del delito y de su consecuencia jurídica en la norma penal, al amparo de la fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege*. Por supuesto, el Tribunal también ha estudiado la legalidad procesal y ejecutiva. Si la conducta sancionada no se halla prevista en la ley, existe manifiesta violación del principio de legalidad.

5. También se presenta esa vulneración cuando la descripción legal de la conducta es equívoca, confusa, ambigua, al punto que desemboca en interpretaciones diversas ("auspiciadas" por el legislador y que son la puerta del arbitrio) y conducen a consecuencias penales diferentes, que se reflejan en la punición y en el enjuiciamiento, por ejemplo. De ahí la exigencia de rigurosa caracterización de las conductas punibles, al amparo del principio de legalidad.

Así, es factible concluir en el mismo sentido en que lo hizo la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, al sostener en el punto 258 lo siguiente:

[...También están prescritos en el derecho internacional humanitario los principios fundamentales del derecho penal *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, y non bis in idem...*]

Así, este principio básico del derecho penal, denominado de "exacta aplicación" exige, entre otras cosas, que la materia de la prohibición contenida en los tipos penales sea precisa y no contenga ambigüedades, de tal suerte que se advierta cuál es la conducta sancionable para que el particular no quede sujeto a la discrecionalidad del juzgador al aplicar la ley.

Por tanto, en el derecho internacional está reconocida ampliamente la necesidad de que el legislador integre los tipos penales con elementos claros y precisos. No basta que las conductas punibles estén previa y especialmente establecidas en un tipo penal, sino que es preciso salvaguardar la seguridad jurídica de los gobernados.

II. CONSIDERACIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL RESOLVER LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 126/2006-PS

1. Planteamiento del problema

Con fecha veintidós de noviembre de dos mil seis, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia resolvió, por unanimidad de votos la contradicción de tesis 123/2006-PS, en la cual se planteó un antagonismo entre los criterios jurídicos sostenidos por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil de Décimo Sexto Circuito, en torno a un mismo problema jurídico, relativo a la inconstitucionalidad del tipo penal denominado "encubrimiento por receptación" previsto en la legislación del Estado de Guanajuato.

1. Al respecto, el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito sustentó que el tipo penal de encubrimiento por receptación culposo no es inconstitucional, toda vez que contiene los supuestos de individualización de la conducta que el legislador estimó debe ser reprochable, puesto que aquéllos son descritos de manera clara, precisa y exacta, lo que no origina confusión en cuanto a su aplicación; con ello no se violan las garantías señaladas en el artículo 14 de la Constitución Federal de exacta aplicación de la ley, y por consecuencia no existe alguna aplicación analógica, entendida como la imposición de una sanción a un supuesto similar al establecido en la ley como delito.

Agregó que no se deja al gobernado en estado de inseguridad jurídica, menos aún se le causa indefensión, puesto que la norma especifica claramente la conducta que debe desarrollarse para ubicarse en el supuesto legal, la cual consiste en adquirir un bien, concretamente un vehículo de motor, *sin tomar las precauciones necesarias para conocer su origen lícito*, obligación ésta que no impide al gobernado acceder a una adecuada defensa, que es uno de los fundamentos de la garantía individual en comento. Por lo tanto las normas tildadas de inconstitucionales no

violan la garantía de exacta aplicación de la ley, dispuesta por el artículo 14 de la Constitución Federal,³ y por consecuencia no existe aplicación analógica alguna.

Y por último, que con tal tipificación el Estado no revierte indirectamente a cargo de los compradores de buena fe la obligación de combatir el robo de vehículos, virtud a que constituye la manifestación del Estado del ejercicio de las facultades legislativas en cuanto a la designación de los hechos que deben ser considerados delitos para ser reprimidos penalmente, que es desde luego, una de las formas de combatir la delincuencia.

2. Por su parte, el entonces Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito, actualmente Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del mismo Circuito, sostuvo que cuando una persona que no participó en la comisión de un ilícito y sin tener conocimiento de que se llevó a cabo, adquiere el objeto o producto del mismo, resulta inconstitucional al estar en oposición a lo preceptuado en los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, segundo párrafo de la Constitución Federal, porque solamente a través de un juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos y en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, se puede establecer si la persona a quien se le atribuye la comisión de un delito, en su caso, actuó dolosamente.

El tribunal de mérito señaló que no es dable pretender sancionar a una persona que no participó en la comisión del delito y tampoco tuvo conocimiento del ilícito; esto es, para que exista encubrimiento se debe actuar necesariamente de manera dolosa, con pleno conocimiento de la comisión del delito y con posterioridad al evento delictivo, puesto que jurídicamente es imposible encubrir algo desconocido.

³ Art. 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Por lo tanto, al establecerse dentro del tipo penal que se sancionará a la persona que sin haber participado en la comisión del delito adquiera el objeto, producto o efecto del mismo, sin haber tenido las precauciones necesarias para asegurarse de su legítimo origen, en realidad se está estableciendo una presunción de dolo; esto es, se presume que de manera intencional no se tuvieron las precauciones necesarias para cerciorarse de la lícita procedencia. Por otra parte en el texto de los dispositivos legales del Código Penal que se le aplicarán, para tipificar la conducta imputable e imponerle la sanción, no se establece de qué manera se debe cerciorar de la lícita procedencia del objeto, producto o instrumento del delito.

Atento a las consideraciones vertidas, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que sí se actualizó una contradicción de tesis, la cual quedó limitada en los siguientes términos: Determinar si los artículos 275, párrafo segundo, vigente hasta el once de octubre de dos mil cuatro y 275-b, de actual vigencia, ambos del Código Penal para el Estado de Guanajuato, son contrarios al principio de exacta aplicación de la ley en materia penal, previsto en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional.

Los citados preceptos disponen:

<p>Artículo 275. Será responsable de encubrimiento por recepción, quien sin haber participado en un delito, reciba, adquiera u oculte el objeto, producto o efecto del mismo, a sabiendas de su ilícita procedencia, se le aplicará de tres meses a cinco años de prisión y de veinte a cien días multa.</p> <p>Si el receptor no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita del bien por no haber tomado las precauciones necesarias para asegurarse de su legítimo origen, se le aplicará de un mes a tres años de prisión y de diez a cincuenta días multa.</p>	<p>Artículo 275-b. A quien sin haber participado en la comisión de un delito, cuyo objeto, producto o instrumento fuese un vehículo automotor, lo adquiera sin tomar las precauciones necesarias para cerciorarse de su lícita procedencia, se le impondrá de diez días a dos años de prisión y de diez a cuarenta días multa.</p>
---	--

Si se obrare con ánimo de lucro o si el bien receptado fuese vehículo automotor o sus partes, las penas anteriormente señaladas se incrementarán en una mitad.

El mismo incremento se aplicará si el valor de lo receptado excede de mil veces el salario mínimo general vigente en el Estado.

2. Desarrollo argumentativo y solución al caso

En cuanto al criterio que debe prevalecer, la Primera Sala realizó un breve análisis de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal; posteriormente, realizó un estudio del tipo penal que se contiene en los artículos materia de la contradicción; y, finalmente, demostró que dicho tipo penal contraviene la citada garantía constitucional, pues de dichos numerales se desprende, como elemento del tipo, la omisión del sujeto activo consistente en no tomar las "precauciones necesarias" para cerciorarse de la procedencia lícita del vehículo automotor que adquirió.

La Primera Sala sostuvo que el enunciado: "sin tomar las precauciones necesarias" adolece de algunos vicios del lenguaje que hacen que el precepto sea impreciso y, por ende, violatorio del principio de legalidad y exacta aplicación de la ley en materia penal.

El destinatario de la norma tendría que hacerse preguntas tales como ¿a qué tipo de precauciones se refiere el legislador? ¿cómo determinar si las precauciones tomadas fueron o no necesarias?

Estas preguntas giran en torno a los aspectos cuantitativos y cualitativos del contenido de la norma: el número de precauciones que deben tomarse y la calidad de éstas. Más aún, la necesidad de las precauciones podría quedar deter-

minada tanto por el aspecto cualitativo (habría precauciones de mayor o menor peso) como por el cuantitativo (donde el número de las precauciones es determinante para cubrir el aspecto de necesidad).

Nada de esto, sin embargo, está descrito en el enunciado normativo. O, dicho de otro modo, el texto de la norma no contiene ningún indicativo que permita al destinatario determinar cuándo y en qué condiciones pueden tomarse precauciones necesarias.

Los vicios que pueden encontrarse en el tipo penal son básicamente el de la ambigüedad terminológica y el de la vaguedad conceptual, ambos en la expresión "necesarias" que califica al sustantivo precauciones.

La Primera Sala sostuvo que una palabra es ambigua cuando tiene más de un significado. En el caso de la palabra "necesario" podemos encontrar, al menos, los siguientes significados: 1) suceso inevitable (como que el agua se evapore a cierta temperatura); 2) acción coactiva dirigida a alguien (por ejemplo, una detención que realiza la policía); 3) imprescindible para alguien o algo (como cuando se afirma que el agua es necesaria para la vida); y 4) condicional lógica (si A, entonces B).

Sin embargo, la Primera Sala formuló la siguiente interrogante: ¿A qué se refiere la norma cuando señala que el sujeto activo cometerá el delito si no toma las precauciones necesarias? Con un esfuerzo de sentido común, el sujeto puede eliminar algunos significados que son evidentemente inaplicables en el caso del enunciado que se analiza, por ejemplo, el de suceso inevitable o el de la acción coactiva; sin embargo, el enunciado puede ser entendido como condicional lógico, es decir, en oposición a contingente o bien, como imprescindible para no cometer el delito.

El otro vicio que se observa en la norma es el de la vaguedad conceptual que consiste en la imprecisión en el significado de una palabra. Los conceptos tienen dos dimensiones: la *denotación o extensión*, que es el campo de aplicación del concepto, y la *connotación o intención*, que es el conjunto de características de un

concepto. De este modo, la vaguedad puede ser intencional o extensional, según afecte al conjunto de propiedades que caracterizan a un concepto o a su campo de aplicación.

La expresión "precauciones necesarias" contiene un concepto vago, tanto extensional como intencionalmente. Intencionalmente porque no están claramente determinadas todas las características de ese tipo de precauciones. Quien va a comprar un vehículo deberá tomar ciertas precauciones a fin de cerciorarse –según la norma– de que no provenga de la comisión de un delito, por ejemplo, que no se trate de un vehículo robado; sin embargo, la norma no precisa cuáles son esas precauciones y, por ende, tampoco qué características deben tener. Extensionalmente porque la norma no permite al destinatario saber con exactitud si alguna posible precaución es o no necesaria.

Así las cosas, el destinatario de la norma podrá ubicar ciertas precauciones que se encuentren en el núcleo duro del significado de la expresión "precauciones necesarias"; por ejemplo, comprobar que el vehículo cuente con un número de motor o que tenga en regla los documentos relativos a la autoridad de tránsito. No obstante, habrá precauciones que se ubiquen en la llamada zona de penumbra del concepto porque no se puede determinar fácilmente si pertenecen a su campo de aplicación o no; por ejemplo, ¿debe averiguar si los anteriores dueños del vehículo tienen antecedentes penales? Esta precaución podría ser calificada como necesaria o como no necesaria, para lo cual habría que estar en el caso concreto.

Por lo demás, la norma no establece con claridad en contraste con qué criterios o normas se define lo "necesario" para considerar que las precauciones que se tomaron para cerciorarse de la procedencia lícita de un vehículo fueron las "necesarias".

La consecuencia de estos vicios es el estado de indefensión en el que queda el gobernado ante la incertidumbre que genera la disposición respecto de qué conductas debe tomar para evitar la actualización del tipo penal en cuestión.

Por tal razón, en el contexto normativo en que se presenta la expresión "precauciones necesarias" queda sujeta a un juicio valorativo o a un ejercicio de

interpretación que puede variar dependiendo del alcance que pueda darle cada juzgador, en cada caso, lo que coloca al gobernado en un estado de inseguridad jurídica.

La Corte insistió en que la obligación que tienen los juzgadores de aplicar estrictamente la ley específica a cada caso concreto deriva de la garantía de exacta aplicación de la ley penal, de manera que, para que exista una correcta aplicación de la ley, ésta deberá estar redactada en forma clara y precisa en cuanto describe las conductas que se señalen como delitos, a fin de evitar confusiones e incertidumbre en su aplicación que dificulten o imposibiliten la adecuada defensa del inculpado.

De manera que si la garantía en cuestión obliga al legislador a describir con precisión y exactitud los elementos que dan contenido a un tipo penal y, en el caso, no sucede con el tipo penal impugnado, el mismo resulta contrario al principio de exacta aplicación de la ley en materia penal contenido en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional.

Esto es así, ya que dicha situación de indefinición jurídica, propicia que las autoridades encargadas de aplicar la norma incurran en arbitrariedades al calificar la forma de cercioramiento utilizada por el inculpado, ya que si a juicio de la autoridad no resultase idónea, simplemente sería desestimada argumentando que debió ser de otra manera, colocando así al particular en un estado de indefensión y de inseguridad jurídica, de ahí que esta Primera Sala considere que la disposición legal impugnada sí acusa un vicio de inconstitucionalidad, al no establecer, si no de manera casuística, al menos de forma genérica, cómo puede el particular cerciorarse de la lícita procedencia de una cosa. Dicha circunstancia propicia inseguridad jurídica para el gobernado, pues un hecho jurídico similar, relacionado con la adquisición de un vehículo automotriz, puede ser apreciado y valorado de diferente manera, tanto por el particular como por quien ejercita la acción penal e incluso por el propio juzgador, debido a que no existen, en la norma, parámetros objetivos que permitan determinar cuáles podrían ser las maneras de cerciorarse de la lícita procedencia del bien adquirido.

Consecuentemente, al no prever la norma dichos parámetros objetivos, al particular gobernado no le es posible prever las consecuencias jurídicas de la conducta desplegada u omitida, de ahí que la analizada norma legal resulte violatoria de garantías, en los términos y por las razones que han quedado explicadas con antelación.⁴

III. AJUSTE DE LA SENTENCIA DE MÉRITO A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

De la lectura de los principios y consideraciones en las cuales se apoyó la sentencia que ahora se comenta, es factible concluir que la misma es respetuosa del principio reconocido a nivel internacional, denominado "exacta aplicación de la ley penal", el cual no es mas que una expresión de la garantía de legalidad que exigen los estándares internacionales. De hecho, la ejecutoria de mérito constituye un muy buen ejemplo de la aplicación que se les puede dar a tales exigencias internacionales.

⁴ De las consideraciones esbozadas, surgió la tesis de jurisprudencia siguiente: ENCUBRIMIENTO POR RECEPCIÓN. LOS ARTÍCULOS 275, PÁRRAFO SEGUNDO (VIGENTE HASTA EL 11 DE OCTUBRE DE 2004) Y 275-B (DE ACTUAL VIGENCIA), AMBOS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, QUE PREVÉN ESE DELITO, AL CONTENER LA EXPRESIÓN "PRECAUCIONES NECESARIAS" VIOLAN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal prevista en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos obliga al legislador a describir con precisión y exactitud los elementos que dan contenido a los tipos penales, a fin de evitar el uso de conceptos ambiguos que generen un estado de incertidumbre jurídica en el gobernado y una actuación arbitraria del intérprete de la norma. En ese tenor, del análisis de los artículos 275, párrafo segundo (vigente hasta el 11 de octubre de 2004) y 275-b (de actual vigencia), ambos del Código Penal para el Estado de Guanajuato, se concluye que al incluir la expresión "precauciones necesarias" como uno de los elementos constitutivos del delito, violan la referida garantía constitucional en tanto contienen un concepto vago, extensional e intencionalmente, porque impiden al destinatario saber con exactitud si alguna posible precaución es o no necesaria y no determinan todas las características de ese tipo de precauciones; además de que no establecen con claridad en contraste con qué criterios o normas se define lo "necesario" para considerar que las precauciones que se tomaron para cerciorarse de la procedencia lícita de un vehículo fueron las "necesarias". De manera que estos vicios dejan en estado de indefensión al gobernado ante la incertidumbre que generan respecto de las medidas que debe tomar para evitar la actualización del tipo penal en cuestión. Por tal razón, en el contexto normativo en que se presenta y al no contener parámetros objetivos al respecto, la expresión "precauciones necesarias" queda sujeta a un juicio valorativo o a un ejercicio de interpretación que puede variar dependiendo del alcance que pueda darle el juzgador en cada caso, lo que coloca al particular en un estado de inseguridad jurídica, ya que no podrá prever las consecuencias jurídicas de la conducta desplegada u omitida. (Tesis: 1a./J. 109/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, Febrero de 2007, Página 296).

En primer lugar, el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal al establecer: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata".

En segundo lugar, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que la ley penal debe estar redactada de tal forma que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado.⁵

Y por su parte hemos podido advertir como los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen sin mayor duda el derecho que tiene el gobernado a conocer qué conductas –acciones u omisiones– actualizan un tipo penal, con su consecuente pena. De ahí que se considere de suma importancia que el legislador establezca con exactitud las conductas que son punibles ya que, en caso contrario, se crearía la incertidumbre en cuanto a la tipicidad de una conducta realizada por un gobernado, no sólo en el gobernado sino en las propias autoridades encargadas de aplicar la norma penal.

⁵ La tesis de jurisprudencia resultante se identifica con el siguiente rubro y texto: "EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA". La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República."

Por esta razón, al describir los tipos penales, el legislador debe evitar el uso de conceptos indeterminados e imprecisos que generen un estado de incertidumbre jurídica en el gobernado y una actuación arbitraria del intérprete de la norma.

Los estándares internacionales exigen que el legislador se conduzca de manera cuidadosa al elaborar los tipos penales. La Suprema Corte de Justicia de la Nación también arrancó de este marco teórico para analizar el delito de encubrimiento por receptación, el cual, en esencia, establece que si el receptor del objeto o producto del delito no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita del bien por no haber tomado las *precauciones necesarias* para asegurarse de su legítimo origen, se le aplicará pena de prisión y multa.

El legislador tenía como propósito sancionar una omisión, pues consideraba delincuente al adquirente que no se haya cerciorado de la procedencia lícita del objeto (en el caso de la contradicción de tesis, de un vehículo), por no haber tomado las "precauciones necesarias" para ello. La conducta consiste en la ausencia de acción por parte del sujeto activo de tomar las multicitadas "precauciones necesarias" para cerciorarse de la lícita procedencia de un vehículo automotor que adquiere. Por ello, al no impedir un resultado que tenía la obligación jurídica de impedir, lo ocasionaba.

Como se aprecia, la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no sólo es respetuosa, sino que nos proporciona un estándar científico para verificar si una norma cumple con el principio de legalidad penal, pues no se basa en simples consideraciones intuitivas, subjetivas o simplemente evidentes para sostener que la norma no respeta el llamado mandato de taxatividad del tipo penal, para demostrar, por un lado, que las expresiones que emplea la norma admiten una multiplicidad de acepciones y contenidos, lo que se traduce en falta de predefinición de la conducta típica, lo que impide que pueda ser conocido por el ciudadano lo que es objeto de prohibición.

En efecto, la sentencia de la Corte no se conformó con sostener que los vocablos empleados por el legislador eran vagos o ambiguos, sino que afirmó que

los mismos no responden a aspectos cuantitativos y cualitativos, esto es, el número de precauciones que deben tomarse y la calidad de éstas. Y destacó que la misma necesidad de las precauciones podría quedar determinada tanto por el aspecto cualitativo (habría precauciones de mayor o menor peso) como por el cuantitativo (donde el número de las precauciones es determinante para cubrir el aspecto de necesidad).

Agregó, como un estándar paralelo, que la expresión "precauciones necesarias" contiene un concepto vago, tanto *extensional* como *intencional*. Intencionalmente porque no están claramente determinadas todas las características de ese tipo de precauciones. Quien va a comprar un vehículo deberá tomar ciertas precauciones a fin de cerciorarse –según la norma– de que no provenga de la comisión de un delito, por ejemplo, que no se trate de un vehículo robado; sin embargo, la norma no precisa cuáles son esas precauciones y, por ende, tampoco qué características deben tener. Extensionalmente porque la norma no permite al destinatario saber con exactitud si alguna posible precaución es o no necesaria.

Así, la Suprema Corte de Justicia nos envía el mensaje de que para garantizar debidamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, no bastaría con la tipificación confusa o indeterminada del delito de encubrimiento por recepción, que llevara a los gobernados a tener que realizar labores que, incluso, van más allá de una labor de interpretación jurídica, pues los conceptos en juego llegan a tal grado de ambigüedad, desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo, extensional como intencional, que no hay manera de conocer lo que está permitido y lo que está vedado hacer.

Por lo tanto, el más Alto Tribunal exige que la formulación típica sea lo suficientemente clara y precisa como para permitir al gobernado programar su comportamiento sin temor a verse sorprendido por sanciones que en modo alguno pudo prever. Esta es precisamente la exigencia central contenida en los diversos criterios internacionales relacionados con la garantía de legalidad en materia penal, quienes abogan porque el legislador establezca en forma anticipada, clara e inequívoca, cuales comportamientos son sancionados, en aras de la seguridad jurídica de los ciudadanos y de la proscripción de la arbitrariedad.



*El derecho
a un recurso efectivo*

MARÍA AMPARO HERNÁNDEZ CHONG CUY*

I. MARCO TEÓRICO

El derecho a la doble instancia, o en otras palabras el derecho a recurrir un fallo judicial, ha sido establecido por diversos instrumentos internacionales. En tales instrumentos, este derecho está enmarcado en la tutela que en ellos se hace al debido proceso y, más específicamente aún, en lo que atañe a juicios de orden penal.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su artículo 14.5 establece:

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal

formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Cabe agregar que Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su comunicación 64/1979, adoptada el 24 de marzo de 1982; señaló en el párrafo 10.4 de la misma que:

10.4. El Comité considera que la expresión "conforme a lo prescrito por la ley" que figura en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto no tiene por objeto dejar a discreción de los Estados Partes la existencia misma del derecho a la apelación, porque los derechos son reconocidos en el Pacto y no únicamente los reconocidos en la legislación interna. Más bien, lo que ha de determinarse "conforme a lo prescrito por la ley" es el procedimiento que se ha de aplicar para la apelación. Ciertamente es que el texto español del párrafo 4 del artículo 14, en el que se dispone la existencia del derecho a la apelación, se refiere solamente a un "delito", en tanto que el texto inglés se refiere a "a crime" y el francés a "une infraction". No obstante, el Comité opina que la pena de cárcel impuesta a la Sra. Consuelo Salgar de Montejo, aunque correspondió a algo definitivo por la legislación interna como "una contravención", es suficientemente grave, dadas las circunstancias, para merecer apelar ante un tribunal superior, como se dispone en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en su artículo 8.2 h) lo siguiente:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

El derecho a la doble instancia ha sido interpretado por la Corte y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en varios casos de los que ha conocido. La Comisión Interamericana, en el Informe No. 74/90, Caso 9850, Argentina, de 4 de octubre de 1990, sostuvo acerca de este derecho:

18. Si bien es cierto que la garantía del debido proceso parece referirse fundamentalmente a la fase de sustanciación en primera instancias del juicio o de comprobación de la incriminación o exculpación del acusado, la cabal observancia del principio del debido proceso abarca todas las etapas subsiguientes de apelación o revisión ante los tribunales superiores, por cuanto es ante los mismos donde esos vicios se corrigen. Como celosos custodios de la majestad de la justicia, los tribunales que conocen una apelación o un pedido de revisión deben examinar no sólo el fundamento del recurso sino también constatar si se han observado las normas del debido proceso, incluso respeto a las irregularidades no denunciadas.¹

La Comisión Interamericana continuó interpretando el alcance de este derecho de revisión en el caso "Maqueda" (Caso 11.086, Informe 17/94, del 9 de febrero de 1994), en el que consideró que se había violentado el derecho que asiste a los condenados a que su sentencia sea revisable. El criterio sostenido en el

¹ Párr. 18.

caso Maqueda, caso que es invocado y explicado en el de la "Tablada", de ahí que con sólo referirnos a este último, baste para describir el criterio. Se trata del Informe No. 55/97, Caso 11.137 (Caso Juan Carlos Abella-LA TABLADA), Argentina, del 18 de noviembre 1997 que, en su parte conducente dice:

Derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior (artículo 8.2.h)

...

252. Un aspecto esencial derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales, como es la libertad personal. El debido proceso legal carecería de eficacia sin el derecho a la defensa en juicio y la oportunidad de defenderse contra una sentencia adversa.

253. El artículo 8.2.h de la Convención Americana establece que:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:...h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

254. La Comisión procederá a examinar si los recursos de la legislación argentina, que estaban a disposición de los peticionarios en la causa Abella, permitieron efectivamente a dichas personas intentar la revisión de la sentencia condenatoria ante un juez o tribunal superior. A tal efecto, *la Comisión deberá analizar y definir el alcance y contenido de este derecho consagrado por el artículo 8.2.h de la Convención*. En tal sentido, la Comisión ha tenido la oportunidad de considerar la misma cuestión en el Caso 11.086 respecto a Guillermo Maqueda, quien fue condenado a 10 años de prisión por su presunta vinculación al ataque al cuartel del RIM 3 de La Tablada. La cuestión referente a la supuesta violación del artículo 8.2.h en el presente caso es virtualmente idéntica a la del caso Maqueda, motivo por el cual la Comisión utilizará la misma línea de análisis seguida en este último caso.

255. Guillermo Maqueda era miembro del MTP y se encontraba en las inmediaciones del cuartel de La Tablada el 23 de enero de 1989. El mismo fue detenido cuatro meses después del ataque, juzgado por la Ley 23.077 y condenado el 11 de junio de 1990. Maqueda interpuso un recurso extraordinario, rechazado por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín el 25 de octubre de 1990; en consecuencia, presentó recurso de queja por denegación del recurso extraordinario, que fue rechazado el 17 de marzo de 1992 por la Corte Suprema de Justicia.

256. *En el trámite del Caso 11.086, la Comisión aprobó el Informe 17/94 en su sesión 1222 del 9 de febrero de 1994.* En dicho informe, la Comisión determinó que el Estado de Argentina había violado, entre otros, el derecho de recurrir a un juez o tribunal superior consagrado en el artículo 8.2.h, conjuntamente con las garantías judiciales del artículo 25. Transcurrido el plazo fijado en el informe mencionado sin haberse cumplido las recomendaciones de la Comisión, ésta sometió el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, el caso fue resuelto mediante una solución amistosa, en virtud de la cual el Sr. Maqueda recuperó su libertad luego de una conmutación de pena por el Estado de Argentina. La Comisión dedujo ante la Corte Interamericana el desistimiento de la acción, la cual fue admitida por resolución del 17 de enero de 1995.

...

259. *La Comisión analizará a continuación el propósito y características del derecho garantizado por el artículo 8.2.b.* Es importante destacar que la Convención Americana, a diferencia de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos, consagra ampliamente el derecho de apelación. *La Comisión considera que este recurso, establecido en favor del inculgado, le permite proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa. El recurso contra la sentencia definitiva tiene como objeto otorgar la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable de impugnar la sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión. Esta revisión en sí tiene como objeto el control del fallo como resultado racional de un juicio justo, conforme a la ley y a los preceptos de garantía, y de la aplicación correcta de la ley penal.*

260. El Estado trató de justificar la naturaleza de la Ley 23.077 citando los fundamentos del proyecto que fue presentado al Congreso, y refirién-

dose a las mejoras en el sistema judicial. No obstante las mayores garantías que establece el juicio oral por ser una oportunidad en la que los asuntos son discutidos y confrontados, el derecho del inculpado de delito de recurrir del fallo a una instancia superior es fundamental para garantizar el derecho de defensa. La oportunidad de recurrir a una segunda instancia en el proceso penal refuerza la protección en contra del error judicial.

261. *La Comisión observa que el artículo 8.2.h se refiere a las características mínimas de un recurso que controle la corrección del fallo tanto material como formal. En este sentido, desde un punto de vista formal, el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, a que se refiere la Convención Americana, debe en primer lugar proceder contra toda sentencia de primera instancia, con la finalidad de examinar la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación, de normas de Derecho que determinen la parte resolutive de la sentencia. La Comisión considera, además, que para garantizar el pleno derecho de defensa, dicho recurso debe incluir una revisión material en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de las mismas.*

262. *De lo expuesto surge que el derecho previsto en el artículo 8.2.h requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de todos los autos procesales importantes. Dicha revisión resulta especialmente relevante respecto a las resoluciones que puedan causar indefensión o daño irreparable por la sentencia definitiva, incluyendo la legalidad de la prueba. El recurso debería constituir igualmente un medio relativamente sencillo para que el tribunal de revisión pueda examinar la validez de la sentencia recurrida en general, e igualmente controlar el respeto a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso.²*

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recogido y dado continuidad a esas líneas interpretativas del derecho a la doble instancia. En el Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, en sentencia de 30 de mayo de 1999, la Corte señaló:

² Párr. 252-256 y 259-262.

...El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, *no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculgado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso*. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, *es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto*. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. *Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él*. En el caso que nos ocupa, el tribunal de segunda instancia forma parte de la estructura militar. Por ello no tiene la independencia necesaria para actuar ni constituye un juez natural para el enjuiciamiento de civiles. En tal virtud, pese a la existencia, bajo condiciones sumamente restrictivas, de recursos que pueden ser utilizados por los procesados, aquéllos *no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso por un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece*.³

Y más recientemente, la Corte Interamericana volvió sobre lo anterior, en similar sentido, al resolver el Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, en la resolución sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 2 de julio de 2004, en la que se dijo:

58. La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. *Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona*.

³ Párrafo 161.

159. La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. *Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto.* Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia.

...

161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que "no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces", es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.

...

163. El juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia penal tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen.

164. La posibilidad de "recurrir del fallo" debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.

165. Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice una examen integral de la decisión recurrida.⁴

⁴ Párr. 158-159 y 161-165.

Estos precedentes dan cuenta de que ante los órganos interamericanos, en cuanto al derecho de revisión de sentencias penales condenatorias, el nombre de la instancia revisora no es lo que importa, pues basta advertir que en algunos de los casos analizados se realizó la verificación en contraste con un recurso de apelación, de casación o un recurso extraordinario y no fueron tales nombres los que influyeron en la decisión. Lo que se destaca particularmente es que, al analizar la posibilidad de violación del derecho a la doble instancia es que no basta verificar que exista formalmente en ley esa segunda instancia; sino que es necesario, además, que esa segunda instancia sea efectiva. Hay pues que verificar, además, la funcionalidad normativa y la eficacia misma de la instancia revisora en cuestión.

Los criterios citados acerca de lo que se ha considerado relevante en el sistema interamericano para efectos del cumplimiento de este derecho, pueden resumirse en:⁵

- 1) Que exista la posibilidad de que toda sentencia sea revisable.
- 2) Que el revisor cumpla con las cualidades que son exigibles al Juez natural; como son competencia, imparcialidad e independencia judicial.
- 3) Que la instancia revisora pueda examinar, no sólo el fundamento del recurso, sino también constatar si se observaron las normas del debido proceso, e incluso irregularidades no denunciadas por el recurrente.
- 4) Que la instancia revisora permita la corrección del fallo tanto formal como material; entendiéndose lo anterior:
 - Desde el punto de vista formal, que el derecho de recurrir el fallo debe estar disponible contra *toda* sentencia de primer grado, con la fina-

⁵ Se apreciará en esta relación que algunos elementos quedan comprendidos en otro inciso, y por ello pudiera ser reiterativa; pero se conservan así, sin subsumirse más, en razón de que en estos términos distintos han sido referidos en los precedentes invocados, a pesar de la identidad que en esencia comparten algunos de los elementos mencionados.

lidad de examinar la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación de normas que determinen la parte resolutive de la sentencia;

- Desde el punto de vista material, se refiere la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o no aplicación de las mismas.

- 5) Que permita la revisión del fallo y de todos los autos procesales importantes.
- 6) Que sea un medio relativamente sencillo para que el tribunal pueda examinar la validez de la sentencia recurrida en general e igualmente controlar el respeto a los derechos fundamentales del inculpado, en especial los de defensa y debido proceso.
- 7) Que el derecho a recurrir el fallo sea accesible, sin requerir mayores complejidades para su procedencia.

Con base en estos criterios de exigencia, los órganos interamericanos han llegado a declarar que, aun mediando recursos en el derecho interno contra las sentencias condenatorias, existe incumplimiento a la Convención y violación de derechos si esos recursos no resultan aptos para considerar cumplida la exigencia de la instancia revisora que exige la Convención.

En efecto, en una primera ocasión, en el caso antes referido de Juan Carlos Abella contra la Argentina, conocido también como la "Tablada", se sostuvo que el "*recurso extraordinario*" previsto en la legislación argentina no era apto para estos efectos, en razón, esencialmente de que:

269. ... el recurso extraordinario no tiene por objeto remediar decisiones supuestamente erróneas, sino sólo omisiones o desaciertos de gravedad extrema.

Teniendo en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Suprema sostiene que el recurso extraordinario no abarca la revisión del procedimiento, y que la doctrina de la arbitrariedad impone un criterio particularmente restrictivo para analizar su procedencia, en la práctica, el recurso extraordinario no permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la idoneidad y legalidad de la prueba, ni permite examinar la validez de la sentencia recurrida con relativa sencillez. Es un recurso de extensión, limitado y extraordinario, de restringida procedencia, por lo que no satisface la garantía del inculpado a impugnar la sentencia.

...

273. Con base en el precedente análisis, la Comisión considera que el recurso extraordinario, único recurso disponible contra sentencias dictadas de acuerdo al procedimiento que establece la Ley 23.077, no satisface los presupuestos consagrados en el artículo 8.2.h de la Convención Americana. En consecuencia, la aplicación del procedimiento penal especial establecido por la Ley 23.077, en el presente caso, constituyó una violación del derecho de los peticionarios a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, como lo exige dicho artículo de la Convención Americana. El efecto de dicha circunstancia fue que los peticionarios procesados en la causa Abella no tuvieron acceso a un recurso efectivo que los ampare contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, en virtud de lo cual la Comisión concluye que el Estado argentino es igualmente responsable de la violación del artículo 25.1 de la Convención Americana respecto a dichas personas.⁶

Y más recientemente, en el caso Herrera Ulloa antes mencionado, se calificó también de ineficaz el recurso de casación previsto en la ley local, explicándose que:

167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 *no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal*

⁶ Informe No. 55/97, Caso 11.137 (Caso Juan Carlos Abella-LA TABLADA), Argentina. Fecha de resolución 18 de noviembre 1997. Párr. 269 y 273.

superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico "La Nación", respectivamente (supra párr. 95. w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado.⁷

En otro orden de ideas, aun cuando no se trata de derecho vinculante para los Estados interamericanos, no sobra hacer mención que en el artículo 2 de su Protocolo 7 de 1984, de la Convención Europea de los Derechos Humanos, se adicionó el derecho correlativo al Interamericano aquí en comentario. Sin embargo, a diferencia de la Convención Interamericana, en este protocolo, al establecerse como derecho del condenado el que su condena fuera revisable, expresamente se reconoció al mismo tiempo, la posibilidad de que los Estados Partes limitarán este derecho a casos de delitos menores, sentencias condenatorias impuestas por un tribunal superior y/o casos en que la condena hubiese sido impuesto, luego de una primera absolución, precisamente por el Tribunal revisor. El texto en mención señala:

Artículo 2

Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal

1 Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley.

2 Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido

⁷ Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004., párr.167.

juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.⁸

La Corte Europea de Derechos Humanos se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca de este derecho y ha sostenido reiteradamente que forma parte del margen de apreciación de cada Estado el normar —a través de sus leyes— sus sistemas procesales, y establecer en ellos el recurso a través del cual las condenas han de ser revisadas, pero siempre que tales recursos permitan la revisión de la declaración de culpabilidad y la condena.

Esa Corte ha reconocido que la *casación*, que muchas veces permite sólo la revisión de las bases normativas y no las fácticas de la decisión o a veces lo permite limitadamente, cumple con estas exigencias;⁹ y, en otras, acudiendo a los criterios que ha sostenido a propósito del artículo 6, párrafo 1 (derecho a ser sentenciado sólo tras un juicio seguido con debido proceso) ha establecido que los límites admisibles al derecho a la revisión de la sentencia penal condenatoria están sujetos a que se persigan objetivos legítimos y que no se atente contra la esencia misma del derecho, lo que la ha llevado a juzgar algunas condicionantes o limitantes de acceso a la revisión o casación (según haya sido el caso) para verificar su conformidad con el artículo 2 del Protocolo 7 de la Convención.¹⁰

II. EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA EN MÉXICO

En México, en la experiencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ubican pocos asuntos en los que el derecho a la doble instancia haya sido objeto de interpretación.

⁸ La traducción se obtuvo de la página del ACNUR en México: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1252.pdf>

⁹ Casos Pesti y Frodl contra Austria (demandas núm. 27618/95 y 27619/95), de 18 de enero de 2000; Loewenguth contra Francia (demanda núm. 53183/99), de 30 de mayo de 2000; Deperrois contra Francia (demanda núm. 65892/01), de 19 de febrero de 2002 y Guala contra Francia (demanda núm. 64117/00), de 18 de marzo de 2003.

¹⁰ Ver *Hasser vs. Suiza*, decisión de inadmisión del 27 de abril de 2000; *Krombach vs. Francia* (13 de febrero de 2001); *Mariari vs. Francia* (31 de marzo de 2005).

Los recientes casos vistos en la Suprema Corte han dado a este derecho de doble instancia una connotación o un entendimiento distinto al que hemos acotado en el marco internacional antes dado. En efecto, como se aprecia de los tratados internacionales y la jurisprudencia citada, este derecho de doble instancia está establecido expresamente en un contexto de oportunidad de revisión de sentencias condenatorias del orden penal; esto es, como un derecho de necesaria observancia por los Estados en *materia de procesos penales y, más aún, ante casos de sentencias condenatorias (de primer grado)*. Sin embargo, la Suprema Corte mexicana ha fallado recientemente algunos casos en los que ha sostenido que, en general, hay un derecho a la doble instancia en los procesos judiciales, *sin distinguir la materia del proceso de que se trata*.

Este derecho a la doble instancia, hay que notarlo, no está explícito en la Constitución mexicana, ni de este ni de otro modo; pero la Corte, en Pleno y en Sala, ha interpretado que sí hay tal, y que aplica, a modo de regla general, en todo tipo de proceso. En las diversas ocasiones en que el tema se ha presentado, los fundamentos y razones para sostenerlo han venido variando.¹¹

¹¹ Véase el Amparo Directo en Revisión 166/2005, de 6 de febrero de 2008, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte (mayoría de cuatro votos de los señores Ministros José de Jesús Gudiño Pelayo (Ponente), Juan N. Silva Meza, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Sergio A. Valls Hernández; en contra del voto emitido por el señor Ministro José Ramón Cossío Díaz). En este juicio que se impugnaba la inconstitucionalidad de un artículo del Código Fiscal de la Federación (no preveía recurso contra cierta decisión) y se hizo un pronunciamiento relativo al tema de mérito sustentado un derecho a la doble instancia (ahí referido como "principio de impugnación de las sentencias") en los artículos 14, 17, y 107, fracción III; de este asunto derivó la tesis aislada 1a. LXXVI/2005, localizable con número de registro IUS 177539, que decía:

"PRINCIPIO DE IMPUGNACIÓN DE LAS SENTENCIAS. CONSTITUYE UNA DE LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. De los artículos 14, segundo párrafo; 17, segundo párrafo y 107, fracción III, inciso a), todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que constituye una formalidad esencial del procedimiento el hecho de que sea impugnante un acto definitivo de un tribunal que lesiona los intereses o derechos de una de las partes. En efecto, si los citados artículos 14 y 17 obligan, respectivamente, a que en los juicios seguidos ante los tribunales se respeten las formalidades esenciales del procedimiento y a que la justicia se imparta de manera completa e imparcial, y por su parte el aludido artículo 107 presupone la existencia de medios impugnativos en contra de sentencias definitivas, laudos y resoluciones que ponen fin al juicio mediante los cuales se nulifiquen, revoquen o modifiquen, es evidente que dentro de dichas formalidades están comprendidos los medios ordinarios de impugnación por virtud de los cuales se obtiene justicia completa e imparcial."

Sin embargo, hay que notar que ese criterio fue expresamente criticado por la Sala, precisamente al fallar el Amparo en revisión 460/2008, el 11 de noviembre de 2009, diciéndose al respecto:

"En el criterio aludido, se estableció, a partir de un caso de naturaleza administrativa, un *principio de impugnación de sentencias* que se consideró aplicable a *todas* las materias sin distinción. Sin embargo, esta generalidad desconoce las particularidades propias de cada una de las materias procesales en particular, especialmente, la materia penal en la que hay regímenes constitucional, internacional y legal específicos. De ahí que se considere

En alguna ocasión, sosteniendo que el derecho a doble instancia se derivaba del los artículos 14, 17 y 107, bajo ciertos razonamientos; y en otra, del artículo 17 en relación con el 14 constitucional y distintas razones.¹²

que, reiterar el precedente lisa y llanamente, soslaya derechos y circunstancias específicas que necesariamente deben ser ponderadas, al resolver la problemática que ahora nos ocupa.

Evidentemente, el artículo 14 consagra la garantía de que se sigan las formalidades esenciales del procedimiento; el 17 habla de justicia completa; y el 107, en la fracción aludida, al regular cuestiones de procedibilidad del juicio de amparo, supone la existencia de medios ordinarios de impugnación contra sentencias, pero de tal suposición de ninguna manera se sigue como necesario que *todas* las sentencias que se dicten en nuestro sistema jurídico tengan que ser impugnables en las vías ordinarias.

En primer término, porque el artículo 107 está regulando el juicio de amparo y al establecer en la porción del mismo el llamado *principio de definitividad para el juicio de amparo*, de ninguna manera exige –menos aún como formalidad esencial del procedimiento– que las sentencias ordinarias sean impugnables en la vía ordinaria. Exige, simplemente, que cuando se acuda al amparo, ya se hayan agotado los medios ordinarios de defensa que tengan a su alcance los gobernados. No entronca pues, el artículo referido con la problemática que ahora nos ocupa.

Por otra parte, el 17 se refiere a justicia completa, pero completa en el sentido de que las pretensiones de los justiciables puedan encontrar desahogo en el aparato judicial, y no se refiere ni presupone norma alguna respecto a cuántas instancias son necesarias para ello.

Mientras que el artículo 14, estipula las formalidades esenciales del proceso, pero tampoco exige, por sí mismo considerado, determinado número de instancias como parte de ello; máxime que este rige, al igual que el 17, para todas las ramas de la justicia.

Al tenor de lo anterior, esta Sala no reitera el criterio aquí en comentario y es de la consideración de que –en tratándose de procesos penales– *sí es exigible que toda sentencia penal condenatoria sea revisable, impugnabile, pero por fundamentos y razones distintas.*"

En el diverso el Amparo Directo en Revisión 258/2010, fallado por la Primera Sala el 19 de mayo de 2010, se sostuvo expresamente, con base en los artículos 17 y 14, que si bien del texto constitucional no se desprende expresamente que en términos del principio de tutela jurisdiccional, deba existir una segunda instancia en el procedimiento, lo cierto es que el establecimiento de un procedimiento uniinstancial ante un órgano jurisdiccional unipersonal, es en cierta medida insuficiente para colmar las exigencias de una administración de justicia completa e imparcial, basada en la legalidad y en la seguridad jurídica, pues siendo el Juez un ser esencialmente falible, existe una alta posibilidad de que incurra en errores o arbitrariedades, lo cual constituye un defecto que, en la práctica, podría obstaculizar el cumplimiento de dichas garantías. Por consiguiente, una opción legislativa constitucionalmente requerida en términos del principio de tutela jurisdiccional, es aquella que establece recursos ordinarios de alzada en el procedimiento, ya que la doble instancia constituye un mecanismo eficaz que permite preservar el principio de legalidad y seguridad jurídica, y por ende, que la administración de justicia sea real y efectivamente completa e imparcial, al contemplar la posibilidad de identificar y enmendar los errores del juzgador individual en la aplicación de la ley. Es cierto que el tribunal de alzada también está conformado por seres humanos falibles, pero precisamente por ello, se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un colegio de Jueces, donde la colegialidad disminuye notablemente la posibilidad de error o arbitrariedad. La Sala concluyó que la exigencia de la doble instancia tiene mucho menor ponderación tratándose de procedimientos tramitados ante órganos jurisdiccionales colegiados, pues en la operación de éstos ya existe ese mecanismo de intercorrección que colma los extremos del principio de tutela jurisdiccional. La sentencia reconoció que en materia penal, cobran aplicación obligatoria para nuestro país tratados internacionales en términos de los cuales, la doble instancia es una garantía judicial indispensable.

¹² Se trata de la Acción de Inconstitucionalidad 22/2009, fallada el 4 de marzo de 2010, (pendiente de engrose), promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en contra de dos normas generales en materia *mercantil* que establecen la procedencia del recurso de apelación únicamente en contra de resoluciones que recaigan en negocios cuyo valor exceda de doscientos mil pesos por concepto de suerte principal. Lo que excluye todos los demás casos de ser recurridos. Se trata de los artículos 1339 y 1340 del Código de Comercio, según reformas publicadas en el DOF 30 de diciembre de 2008.

Sin embargo, el derecho a la doble instancia al que nos referimos en este documento se concreta al que establecen expresamente las Convenciones internacionales ya referidas y, como ahí se ve, está referido al proceso *penal* y no a juicios de otra naturaleza (civiles, mercantiles o administrativos). En razón de lo anterior, es que obviamos mayor referencia esos casos, para ceñirnos a la cuestión penal.

El caso que se ocupa de este derecho, en la acepción penal establecida por el derecho internacional, es el Amparo en Revisión 460/2008, fallado el 11 de noviembre de 2009. Hasta dónde es de nuestro conocimiento, única ocasión en que directamente se ha estudiado la necesidad de ese recurso en procesos penales, aunque en el caso concreto no se encontró violación. Lo explicaremos más detalladamente.

El promovente adujo que dichas normas violaban las formalidades esenciales del procedimiento y el derecho a una tutela judicial efectiva en virtud de que ambos derechos desplegaban su eficacia en el acceso a recursos. Además de considerar que se vulneraba también el principio de igualdad en virtud de que dichos preceptos instituían una distinción entre gobernados que no tiene como base una finalidad objetiva y constitucionalmente válida.

Conforme a la propuesta sometida a discusión plenaria, y a los términos en que se llevó la discusión puede establecerse (aun cuando no hay engrose de la resolución aún) que el Pleno consideró que el derecho a la doble instancia venía dado por el artículo 17 en relación con el 14 constitucionales; que la inexistencia de un sistema recursal era incompatible con la exigencia de justicia completa e imparcial que consagra el artículo 17 constitucional, en tanto puede dar lugar a la arbitrariedad y vaciar parcialmente de contenido algunas de las exigencias constitucionales que rigen el ejercicio de la función jurisdiccional como la fundamentación y motivación de las sentencias o el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento que consagra el artículo 14 constitucional.

De la sesión de Pleno (4 de marzo de 2010) puede advertirse que las razones con base en las que sostuvo la constitucionalidad de las normas impugnadas fueron, en esencia, y partiendo de la base de que existe un derecho constitucional a la doble instancia (en general, en todas las materias), que:

- Como cualquier otro derecho el derecho a los recursos no es absoluto por lo que no todas las sentencias judiciales deben indefectiblemente ser recurribles.
- La exclusión de recursos será inconstitucional cuando no aparezca justificada y proporcionada conforme a las finalidades de la medida, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad el que resulta trascendente para determinar si la supresión respectiva encuentra justificación, debiéndose analizar si existen otros mecanismos que salvaguarden los derechos de defensa y de acceso a una justicia completa e imparcial. En ese orden, la exclusión de la procedencia de recursos en procesos jurisdiccionales debe ser excepcional.
- Que las normas impugnadas no son inconstitucionales ya que persiguen una finalidad constitucionalmente admisible como es la de obtener pronta y efectiva protección de los derechos e intereses ventilados en los juicios mercantiles, imprimiéndole celeridad al proceso judicial correspondiente, siendo esencialmente una medida orientada a fomentar la economía procesal y la eficacia de la rama judicial.
- Que no resulta discriminatorio que los procesos mercantiles de cuantía menor carezcan de la posibilidad de segunda instancia, porque este factor como elemento para determinar la procedencia constituye un quantum objetivo.

1. Antecedentes del caso

El asunto en cuestión tuvo su origen en hechos presuntamente delictuosos en los que se incurrió con motivo del tránsito de vehículos. Un Juez del fuero común, dictó auto de formal prisión en contra de un particular por considerarlo probable responsable del delito contra la seguridad del tránsito de vehículos. Éste, apoyándose en que en esa entidad federativa recién había entrado en vigor un nuevo Código Penal, solicitó ante el Juez de la causa que el asunto fuese sobreseído; pues, alegaba, en la nueva legislación penal ese delito ya no estaba previsto. El Juez resolvió no acceder a la petición del ahora recurrente bajo el argumento de que sí se contemplaba esa conducta.

Contra esta determinación, el particular interpuso recurso de apelación, pero éste le fue declarado inadmisibile bajo el razonamiento de que, conforme a la ley procesal local, esa resolución no era recurrible. Pero, es importante agregarlo, no era recurrible porque para serlo, debía ser recurrible en apelación la sentencia final que tendría que dictarse, en su momento, en el juicio penal. El artículo en cuestión, era el 388 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, que literalmente dispone:

Art. 388.— Son irrecurribles las resoluciones dictadas en procedimientos que se sigan por delito sancionado con pena máxima de 4 años de prisión. Se exceptúan:

- a) Las providencias emitidas en los procesos en que tal delito se manifiesta en concurso ideal con otro de mayor pena y,
- b) Las sentencias que impongan prisión sin disfrute inmediato de la condena condicional.

Si una de aquellas determinaciones fuera no solo contraria a derecho, sino con dolo manifiesto o negligencia grave al afectado podrá exigir responsabilidad patrimonial al juez, siempre que no pudiera combatirlas a través de algún medio jurídico.

Contra este precepto se promovió juicio de amparo indirecto en el que el quejoso impugnó la inconstitucionalidad de la norma,¹³ argumentando que al no establecer una segunda instancia (mediante el recurso de apelación) se violaba su garantía de audiencia y debido proceso, así como la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. El Juez negó el amparo al quejoso, bajo el argumento de que ningún artículo de la Constitución establecía que en el orden penal, debía abrirse una segunda instancia mediante el recurso de apelación para controvertir los razonamientos del Juez de origen. Además, consideró que no podría resolver en el juicio de amparo, acerca de si una ley local violaba o no las convenciones internacionales invocadas; pues sólo podría estudiar la violación a la Constitución.

Contra esta sentencia de amparo de primer grado, se interpuso el correspondiente recurso de revisión, que fue el que resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte, previa consideración de que el caso ameritaba que reasumiera su competencia originaria.¹⁴

2. Consideraciones del fallo

Uno de los primeros puntos por los que pasan las consideraciones de este fallo es precisamente por el tema de si pueden o no estudiarse en juicio de amparo los planteamientos que se hagan valer en el sentido de que una ley nacional viola una convención internacional. Acerca de ello, la Sala sostuvo que los argumentos relativos a la violación de tratados internacionales, sí se debían de atender en virtud de

¹³ Cabe agregar que poco antes se había resuelto en la propia Sala un diverso Amparo Directo en Revisión 1702/2007, fallado el 6de febrero de 2008, en que dicho precepto también había sido impugnado, bajo argumentos de no prever doble instancia, pero por considerarlo violatorio del artículo 104, fracción I, constitucional; bajo el argumento de que ese precepto constitucional sólo regía para procesos federales (y juicio versaba sobre normas procesos penales del *fuero común*) se negó el amparo petitionado. El Ministro Cossío Díaz votó en contra y, bajo el argumento de que por tratarse de materia penal debía suplirse la queja, consideró que el precepto era inconstitucional porque, con base en el derecho internacional sí debía reconocerse el derecho de doble instancia en materia penal, y consideró este precepto violatorio de ello.

¹⁴ Lo anterior fue necesario decidirlo previamente en razón de que si bien por disposición Constitucional y en términos de la Ley de Amparo los recursos de revisión en amparo contra leyes corresponden a la Suprema Corte; por Acuerdo General del pleno de la misma número 5/2001, los amparos contra leyes locales fueron delegados a Tribunales Colegiados, pudiéndose reasumir la competencia por la Suprema Corte ante casos de relevancia, como lo fue éste.

que el artículo 133 de la Constitución Federal los establecía como fuente de derechos y establecía también una jerarquía normativa de los tratados hacia el derecho interno que debía ser respetada para la validez de las normas.

Con base en lo anterior, la Sala entró de lleno en el tema del derecho a la doble instancia, reconociéndolo como parte del derecho al debido proceso en juicios del orden penal, interpretando su alcance, a la luz de los criterios internacionales aquí citados, y sosteniendo que, para que tal derecho sea observado por el Estado, debe (i) existir la posibilidad de impugnación de las sentencias condenatorias; y (ii) ese medio a través del cual se impugnen debe ser, independientemente de su diseño o denominación, un medio efectivo.

Sin embargo, pese a lo anterior la Sala consideró que la norma que analizaba no era violatoria de este derecho humano en razón de que, aun cuando no procedía ante los tribunales estatales el recurso de apelación (en términos de la norma impugnada), lo cierto era que, de conformidad con el sistema jurídico mexicano, contra toda sentencia condenatoria siempre era procedente el juicio de amparo directo, del que conocían los tribunales federales, y en éste, dado el alcance de la jurisdicción de amparo, el control y verificación de legalidad que podría hacerse del proceso penal y la correspondiente sentencia era prácticamente total, reuniera las funciones normativas y de eficacia que exige la jurisprudencia interamericana. Lo anterior fue sostenido por la Sala luego de establecer:

- Que al interpretar el artículo 14 constitucional, que tutela el debido proceso penal, con el conjunto de derechos de esa índole previstos en los artículos 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político y 8.2.h de la Convención Americana de los Derechos Humanos al tutelar el debido proceso, se tiene que en el sistema jurídico mexicano es exigible que toda sentencia penal condenatoria debe ser revisable o impugnabile.
- Que el derecho del condenado en un juicio penal a que su sentencia (de primer grado) sea revisable, no necesariamente debe ser satisfecho con la previsión de una vía llamada "apelación".

- Que en el caso mexicano ese derecho queda satisfecho *con independencia de que las leyes penales adjetivas le estipulen o no la posibilidad de acudir al recurso de apelación u otro recurso*, ya que la Constitución Federal prevé en sus artículos 103 y 107, la posibilidad de que toda sentencia sin limitación alguna sea reclamable a través del juicio de amparo.
- Que el amparo directo, concretamente, el amparo directo en materia penal reúne todas las cualidades consideradas como necesarias por la Convención Interamericana y la interpretación que le han dado los órganos interamericanos; e incluso, con más holgura que los recursos de apelación ordinarios en virtud de que:
 - ♦ Es una ulterior instancia a disposición de todo condenado, incluso cuando el condenado tiene disponible el recurso de apelación.
 - ♦ Es el medio de impugnación más amplio y eficaz posible contra toda sentencia condenatoria, pues, dadas las reglas que lo rigen, permite y exige, dada la amplísima suplencia de la queja que asista al reo: (i) revisar la legalidad de *todo* el procedimiento y así determinar si hubo violaciones procedimentales trascendentes que ameriten su reposición; (ii) revisar la valoración probatoria que realizó el juzgador natural, tanto en el aspecto de cuerpo del delito como la responsabilidad; (iii) revisar la pena impuesta y todo lo a ella inherente y (iv) revisar la constitucionalidad de las normas que fueron aplicadas al reo quejoso, inclusive, (v) la revisión de la constitucionalidad del propio tipo penal por el que fue sancionado.
 - ♦ Que la cualidad de revisión por órganos "superiores" a que ha hecho referencia la jurisprudencia interamericana, también queda satisfecha por el amparo directo ya que cuando los instrumentos internacionales hablan de superioridad, debe entenderse que se trata de un órgano jurisdiccional –en esto sí no hay duda– que está en posibilidades, conforme a la propia interacción de los órganos de cada Estado (país), *de revisar y corregir de manera vinculante los errores o vicios*

que encuentre en una sentencia judicial, a través del ejercicio de su propia jurisdicción. Y eso sí se da en el amparo directo.

- ♦ Que las estructuras de la burocracia judicial interna, que dividen entre tribunales estatales y federales (de amparo) no es relevante para efectos del cumplimiento del derecho internacional, porque es parte de la organización interna del Estado lo que es del resorte de su margen de apreciación, siempre que se respeten los derechos fundamentales.
- ♦ Que mientras prevalezca el amparo directo penal en las condiciones normativas que actualmente lo revisten,¹⁵ debe reconocerse que éste cumple, entre otras funciones, con la de ser una instancia revisora de sentencias penales condenatorias que permiten considerar cumplidos los deberes de respeto y previsión que impone el derecho humano en comentario, en los casos en que los legisladores locales hayan optado por no establecer la posibilidad de apelar.
- ♦ Que el juicio de amparo directo en materia penal, aunque tiene algunas diferencias con el recurso de apelación (que ahí se destacan), cumple con los fines trascendentales que se persiguen por los tratados internacionales cuando en estos se establece como derecho la revisabilidad de las sentencias penales condenatorias, así como, con las condiciones de accesibilidad y eficacia que ha exigido la jurisprudencia interamericana.
- Que la improcedencia de la apelación contra la sentencia definitiva tiene también como consecuencia que otras decisiones intraprocesales no sean recurribles en esa vía, como sucedió en la especie. Sin embargo, en esos casos, por otro lado, no se estaría propiamente ante la sentencia condenatoria –que es la que debe ser revisable–; y en todo caso, esas

¹⁵ El amparo directo siempre está disponible para impugnar y exigir la revisión de toda sentencia definitiva.

resoluciones intermedias son revisables también en el juicio de amparo, aunque en la vía indirecta,¹⁶ en los mismos términos de accesibilidad y eficacia antes descritos. Este recurso de revisión es precisamente la materialización de esto último y, precisamente ha hecho posible el análisis constitucional de la disposición que le fue aplicada al quejoso.

La sentencia se falló por mayoría de tres votos de los señores Ministros José de Jesús Gudiño Pelayo (Ponente), Juan N. Silva Meza y Presidente Sergio A. Valls Hernández; con el voto en contra del Ministro José Ramón Cossío Díaz y la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

El Ministro Silva Meza elaboró un voto concurrente, en esencia, en el sentido de que para reconocer el derecho a la doble instancia en la materia no era necesario acudir al derecho internacional que invoca la sentencia. El Ministro Cossío elaboró voto en contra en el que si bien comparte con la sentencia que es necesario que el Estado reconozca, establezca y observe el derecho a la doble instancia, considera que la norma impugnada es inconstitucional al establecer la imposibilidad de apelar sentencias condenatorias, y por considerar que la procedencia del juicio de amparo directo no es recurso idóneo para revisar lo establecido en la primera instancia de un proceso penal, porque, en su opinión, el derecho a la doble instancia debe ser ejercido a través de un recurso ordinario y no de uno extraordinario (como lo es el amparo directo).¹⁷

III. CONCLUSIONES

Esta sentencia, es la primera de la Sala que hace un pronunciamiento e interpretación frontal con respecto al derecho a la doble instancia y que, además de interpretarlo abrevando de la jurisprudencia interamericana, en el fondo realiza

¹⁶ En términos del artículo 114 de la Ley de Amparo.

¹⁷ Este voto retoma lo dicho en el diverso que formuló en el Amparo Directo en Revisión 1702/2007, al que ya antes se hizo referencia; pero, en comparación con aquél, aborda el tema de por qué no considera que el amparo directo en materia penal satisface los estándares internacionales, en los términos sintetizados arriba.

un control de convencionalidad de la norma local impugnada, al tiempo que analiza si las condiciones de satisfacción que este derecho requiere son brindadas por el juicio de amparo directo.

El caso, me parece, es importante por varias razones. Sin algún orden en particular, primero porque establece, contrario a lo que había dicho el Juez de amparo de primer grado, que el derecho interno sí puede ser contrastado con las convenciones internacionales que ha suscrito México en materia de derechos humanos, pero aquí lo importante es que cuándo este tipo de argumentos se hacen valer ante un Juez de amparo, el Juez sí forma parte del análisis de la constitucionalidad y la validez de la norma al verificar que ésta se ajuste no sólo al texto de la Constitución, sino también al texto de esas Convenciones. La Sala no resolvió si los tratados internacionales de derechos humanos tenían una jerarquía normativa distinta al resto de los tratados internacionales, porque no le era necesario resolver tan delicada problemática para dar solución al caso concreto; bastaba, como en la sentencia se dijo, saber que por ser tratados internacionales sí eran superiores a las leyes para establecer que este tipo de argumentos no podrían ser soslayados por los Jueces de amparo.

Más aún, si se ve con detenimiento la resolución, se podrá apreciar que la Sala hace una especie de complementación o integración de los contenidos que el derecho constitucional mexicano da al derecho al debido proceso con lo que los convenios internacionales dicen más detallada y ampliamente al respecto. Hay que recordar que en ninguna parte de la Constitución Federal se establece cuál es el número de instancias que deben existir para que pueda considerarse satisfecho el derecho al debido proceso, ni en general ni en lo específico de la materia penal. Esto, me parece, también es un punto nada menor, porque al interpretar y adscribir contenidos a los derechos expresamente tutelados en la Constitución a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos, al integrar a los derechos de debido proceso otros derechos inherentes o afines al mismo, que no están explícitos en nuestro texto constitucional pero sí en esas convenciones, de alguna manera se está dando –aunque no se diga– a estas convenciones un trato similar al de supraconstitucionalidad o cuando menos reconociendo un sitio igual al de la Constitución.

Otra razón que me parece hay que destacar, es que en este fallo la Sala realizó, sin llamarlo así, un control de convencionalidad, al confrontar la norma impugnada con los tratados internacionales aludidos, así sea que haya concluido que no había la violación denunciada. Son muy pocos los casos mexicanos en los que se lleva a cabo este tipo de control y más aún se consiguió, de alguna manera, privilegiar la eficacia de las normas internacionales y reconocer su interacción normativa con los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Federal. Se incorporó a las consideraciones del fallo, y prácticamente se suscribieron, las consideraciones que la jurisprudencia interamericana había previamente sostenido. El fallo omite hacer pronunciamiento alguno en torno a la vinculatividad (forzosa) de la jurisprudencia interamericana, pero lo cierto es que sí la invoca, suscribe y con base en ella resuelve el caso.

Sin duda son muchas las diferencias que pueden trazarse entre el recurso de apelación y el amparo directo; pero lo importante para el derecho internacional de los derechos humanos no son ni los nombres ni las formas ni las estructuras burocráticas internas de cada país. Lo importante es la tutela efectiva de los derechos humanos, de modo que mientras eso se logre, a través de un "recurso de apelación" o de un "amparo directo", o si eso se logra en tribunales estatales o mediando migración del caso a los tribunales de amparo –que, es importante decirlo, sí pueden vincular a los estatales a semejanza de si fueran sus superiores, que no lo son– o si eso se logra con un recurso de naturaleza "ordinaria" o "extraordinaria", eso, me parece, no es de relevancia desde la perspectiva de la tutela internacional de los derechos humanos.

Por eso personalmente me persuaden las conclusiones a que arriba el fallo de la Sala en el sentido de que en materia penal, aun cuando las leyes procesales penales no establezcan la procedencia del recurso de apelación (o uno de otro nombre) contra sentencias condenatorias, no hay violación a este derecho humano. La omniprocedencia del juicio de amparo directo contra esas resoluciones, por las razones destacadas en ese fallo, permite cumplir con creces las condicionantes que la Convención y la jurisprudencia interamericana han establecido para el mismo.

En esta tesitura, me parece que el criterio sostenido por la Primera Sala, además de las notas que lo singularizan que ya antes fueron destacadas, es un criterio

que no sólo se construye a partir del derecho internacional de los derechos humanos, sino en el que ese derecho internacional, a través de la jurisprudencia interamericana que se invoca y suscribe, fungió como el parámetro de control del caso. Y me parece también que la conclusión a la que allí se arriba en el análisis de si el juicio de amparo directo cumple o no con las exigencias internacionales para el debido proceso penal y la efectividad de los recursos está ajustada a ese derecho internacional, precisamente por las razones allí dadas.



*Derecho a la propiedad:
expropiación*

CONCEPCIÓN MARÍA DEL ROCÍO BALDERAS FERNÁNDEZ*

I. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

 En primer término, se estima pertinente la transcripción del contenido de los artículos 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos por guardar estrecha conexión con el derecho a la propiedad que constituye el tema toral del presente trabajo.

Artículo 8. Garantías Judiciales

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Es menester referir que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en resolución de seis de mayo de dos mil ocho, en el caso *Salvador Chiriboga contra Ecuador* en el que el tema de discusión se centró en el derecho a la propiedad privada en específico, la figura de la expropiación, en esencia refirió:

El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional.

El derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, pues en el artículo 21.2 de la Convención se establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de

una justa indemnización, practicarse según los casos y las formas establecidas por la ley y efectuarse de conformidad con la Convención.¹

A su vez, este Tribunal ha señalado que "la restricción de los derechos consagrados en la Convención debe ser proporcional al interés de la justicia y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio de [un] derecho [...]."²

La Corte considera que a fin de que el Estado pueda satisfacer legítimamente un interés social y encontrar un justo equilibrio con el interés del particular, debe utilizar los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción. En este sentido, el Tribunal considera que en el marco de una privación al derecho a la propiedad privada, en específico en el caso de una expropiación, dicha restricción demanda el cumplimiento y fiel ejercicio de requerimientos o exigencias que ya se encuentran consagradas en el artículo 21.2 de la Convención.

De otra parte, este Tribunal observa que en la normativa interna del Ecuador se encontraban consagrados en el entonces artículo 62³ de la Constitución Política, actualmente artículo 33⁴ de la Constitución, los requisitos para ejercer la función expropiatoria del Estado. Entre dichos requisitos se destaca la necesidad de seguir el procedimiento establecido por ella, dentro de los plazos señalados en las normas procesales, previa valoración, pago e indemnización. En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante "Corte Europea") ha señalado en casos de expropiación que el principio de legalidad es una condición determinante para efectos de verificar la concurrencia de una vulneración al derecho a la propiedad y ha

¹ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Itúñez*, *supra* nota 47, párr. 174.

² Cfr. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 123.

³ La Constitución Política de 1978 en su artículo 62 disponía que "[p]ara fines de orden social determinados en la ley, el sector público, mediante el procedimiento y en los plazos que señalen las normas procesales, podrán expropiar, previa justa valoración, pago e indemnización, los bienes que pertenezcan a los otros sectores. Está prohibida la confiscación."

⁴ El artículo 33 señala que "[p]ara fines de orden social determinados en la ley, las instituciones del Estado, mediante el procedimiento y en los plazos que señalen las normas procesales, podrán expropiar, previa justa valoración, pago e indemnización, los bienes que pertenezcan al sector privado. Se prohíbe toda confiscación".

insistido en que este principio supone que la legislación que regule la privación del derecho a la propiedad deba ser clara, específica y previsible.⁵

A este respecto, la Corte ha considerado que no es necesario que toda causa de privación o restricción al derecho a la propiedad esté señalada en la ley, sino que es preciso que esa ley y su aplicación respeten el contenido esencial del derecho a la propiedad privada. Este derecho supone que toda limitación a éste deba ser excepcional. De la excepcionalidad se deriva que toda medida de restricción debe ser necesaria para la consecución de un objetivo legítimo en una sociedad democrática,⁶ de conformidad con el propósito y fin de la Convención Americana. Por lo tanto, es necesario analizar la legitimidad de la utilidad pública y el trámite o proceso que se empleó para perseguir dicho fin.

II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA RELEVANTE DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA MEXICANA EN MATERIA DE EXPROPIACIÓN

1. Antecedentes y hechos

En el presente trabajo se parte del análisis del criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en el Amparo en Revisión 48/2007, resuelto en sesión de veintiocho de febrero de dos mil siete, por la Segunda Sala de dicho Tribunal Constitucional bajo la Ponencia del entonces señor Ministro David Góngora Pimentel, siendo proyectista la licenciada Blanca Lobo Domínguez.

Dicho asunto surgió de que la sentencia del Juzgado de Amparo consideró fundado el concepto de violación relativo a que el artículo 20 bis de la Ley de

⁵ Cfr. ECHR, *Case Beyeler vs. Italy*, Judgment of 5 January 2000, Application no. 33202/96, párrs. 108 y 109; ECHR, *Case Carbonara and Ventura vs. Italy*, Judgment of 30 May 2000, Application no. 24638/94, párr. 65; ECHR, *Case Belvedere Alberghiera Sr.l. vs. Italy*, Judgment of 30 May 2000, Application no. 31524/96, párr. 58; y ECHR, *Case Velikovi and Others vs. Bulgaria*, Judgment of 15 March 2007, Applications nos. 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01, and 194/02, párr. 166.

⁶ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo*, *supra* nota 47, párr. 93. Ver también, La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6. párr. 28.

Expropiación infringe la garantía de audiencia que establece el artículo 14 constitucional, pues si bien prevé un recurso de revocación en contra de la declaratoria de utilidad pública, no establece las bases del procedimiento que lo rijan.

Consecuentemente, al estimar el Juez que en materia de expropiación no rige la garantía de audiencia previa al acto privativo y por ello, no era el caso dejar sin efectos el decreto reclamado, ni hacer el estudio sobre la constitucionalidad del artículo 67 de la Ley del Régimen Patrimonial y del Servicio Público del Distrito Federal, que *A quo*, no se combatió por vicios propios, concedió el amparo para el efecto de que el Jefe de Gobierno del Distrito Federal permita a los quejosos la interposición de un medio de defensa *sui generis* en contra del decreto de expropiación combatido, en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, aplicando los principios procesales contenidos en la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, por ser éste un ordenamiento afín a la ley impugnada.

Inconformes con dicha sentencia, tanto la parte quejosa, como el Instituto de Vivienda del Distrito Federal en su carácter de tercero perjudicado, y el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, interpusieron recursos de revisión. En dicho medio de impugnación el Tribunal Colegiado ordenó remitir a la Suprema Corte de Justicia de la Nación los recursos de revisión presentados por los quejosos y el Instituto de Vivienda del Distrito Federal, para ejercer su competencia originaria.

La Segunda Sala de dicho Tribunal Constitucional, resolvió en sesión de treinta de septiembre del dos mil cinco revocar la sentencia recurrida y reponer el procedimiento ya que consideró que a los arrendatarios del inmueble expropiado les resulta el carácter de terceros perjudicados, pues como ese acto se dio en su beneficio, su falta de emplazamiento viola las formalidades esenciales del procedimiento en el juicio de amparo; en esa virtud, se ordenó remitir los autos al Juez del conocimiento para efectuar la reposición ordenada y se dejó insubsistente la resolución del Tribunal Colegiado que previno.

Repuesto el procedimiento atendiendo a los lineamientos que fijó la Suprema Corte de Justicia, el Juez Quinto de Distrito en Materia Administrativa en el

Distrito Federal celebró audiencia constitucional y dictó sentencia otorgando el amparo solicitado. La concesión del amparo decretada por el Juez fue:

[...] debido a que a la parte quejosa no se le otorgó la garantía de audiencia previa, al integrar el expediente en el que se determinó la expropiación del inmueble ubicado en la calle Norte 66-A, número 3807, Col. Mártires de Río Blanco, en la Delegación Gustavo A. Madero en el Distrito Federal.

En consecuencia, concedió el amparo:

[...] para el efecto de que las autoridades responsables restituyan a los quejosos en el goce de la garantía individual violada, es decir, *para que dejen insubsistente el decreto de expropiación, en la parte conducente y, de insistir en la expropiación del citado inmueble, les notifiquen personalmente el inicio del procedimiento de expropiación*, otorgándoles la oportunidad de ofrecer pruebas y formular alegatos y así estar en posibilidad de defenderse y desvirtuar, en su caso, los motivos de la expropiación de ese bien inmueble.

Inconformes con dicha sentencia, el Instituto de Vivienda del Distrito Federal, en su carácter de tercero perjudicado, así como el Jefe de Gobierno del Distrito Federal y los quejosos, interpusieron recursos de revisión de los que conoció los cuales fueron resueltos por el Tribunal Colegiado del conocimiento revocando la sentencia recurrida, al estimar fundado el agravio referente a que el Juez de Distrito no atendió a la *litis* en la forma que le fue planteada, pues omitió el estudio de la constitucionalidad de los artículos 20 bis de la Ley de Expropiación y del artículo 67 de la Ley del Régimen Patrimonial y del Servicio Público del Distrito Federal, además de considerar que la protección constitucional no se demandó a efecto de que se otorgaran a los quejosos las oportunidades defensivas y probatorias dentro del expediente expropiatorio, sino la finalidad fue que se destruyera el acto reclamado.

No obstante, consideró que ese órgano colegiado se encontraba impedido para realizar el estudio de los conceptos de violación correspondientes, porque subsistía el problema de constitucionalidad de una ley de carácter federal, el artículo

20 bis de la Ley de Expropiación, lo cual ubicaba al asunto en los supuestos del Acuerdo General número 5/2001 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que ordenó remitir los autos.

2. Consideraciones esenciales

El Tribunal Constitucional mexicano respecto del derecho a la propiedad con tintes de expropiación ha establecido en diversos criterios que del artículo 27 constitucional se destaca, en primer término, que la Nación tiene la propiedad originaria de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, y puede transmitir el dominio de ella a los particulares, constituyendo así la propiedad privada.

Pero si bien es cierto que el texto constitucional en diversas disposiciones (artículos 14, 16, y el propio 27) reconoce como derecho fundamental el de propiedad privada, la propia Norma Fundamental, como ocurre con casi todos los derechos fundamentales, lo delimita, fijando su contenido y sus fronteras, a fin de garantizar otros bienes o valores constitucionales, como son el bien común o el respeto al ejercicio de los derechos de los demás integrantes de la sociedad. Las limitaciones a los derechos fundamentales sólo puede establecerlas la propia Constitución o bien, autorizar al legislador para hacerlo en determinados casos, pero sin que afecte la esencia del derecho, ni impida su ejercicio.

Así, tratándose del derecho de propiedad, la Constitución le impone como limitación su función social, toda vez que de acuerdo con el propio numeral 27, el Estado puede imponer modalidades a la propiedad por causas de interés público o bien, podrá ser objeto de expropiación por causas de utilidad pública y, por tanto, es el texto fundamental el que delimita el derecho de propiedad, en aras del interés colectivo, por lo que es claro que ese derecho no es oponible frente a la colectividad, sino que, por el contrario, en caso de ser necesario debe privilegiarse a esta última sobre el derecho de propiedad privada del individuo, en los términos que dispone expresamente la Norma Fundamental.

La Constitución Federal prevé la expropiación de la propiedad privada, en caso de utilidad pública y mediante indemnización, así como que corresponde a

las leyes de la Federación y de los Estados, en sus respectivas jurisdicciones, determinar precisamente los casos en que sea de utilidad pública expropiar un bien, correspondiendo a la autoridad administrativa realizar la declaración respectiva. Asimismo, el mismo precepto da las reglas generales sobre fijación del precio e indemnización.

Por tanto, la expropiación se constituye como un acto de carácter administrativo mediante el cual se priva a los particulares de la propiedad de un bien inmueble, en aras del interés, necesidad o utilidad social, es decir, se trata de una figura a través de la cual el Estado logra determinados fines relacionados con el interés colectivo, de ahí que se sujete la expropiación a causas de utilidad pública; sin embargo, la Norma Fundamental no prevé ningún otro aspecto concerniente a la expropiación, sino que deja a la Federación y a los Estados la facultad de establecer las causas de utilidad pública para que opere la expropiación de determinado bien, esto es, el Constituyente no fija un concepto de utilidad pública, sino que confirió la facultad a las Legislaturas de las entidades federativas y al Congreso de la Unión para que determinen los casos de utilidad pública en sus respectivas competencias, dados sus propios requerimientos sociales, económicos, de desarrollo, etcétera.

Lo anterior, dado que la "utilidad pública" es un concepto abstracto o relativo y, por ello, difícil de definir, en tanto que no es inmutable ni universal, sino que habrá de determinarse según el tiempo y el espacio, es decir, de acuerdo con las condiciones políticas, sociales y económicas que imperen en determinada época y lugar, de ahí que el Constituyente dejara al Congreso de la Unión y a las Legislaturas estatales la facultad de determinar en la ley las causas de utilidad pública que sustenten el acto expropiatorio, dentro de sus respectivas jurisdicciones, siempre y cuando tales causas se justifiquen en el bien común, pues sólo en ese supuesto debe sacrificarse el derecho fundamental de propiedad privada.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto al concepto de utilidad pública ha sustentado diversos criterios, en los que en un primer momento señaló que las causas de utilidad pública no podrían sustentarse en dar a otro particular la propiedad del bien expropiado, sino que debía ser el Estado, a través de

cualquiera de sus tres niveles, quien se sustituyera como propietario del bien a fin de conseguir un beneficio colectivo a través de la prestación de un servicio u obra públicos.

Posteriormente, amplió el concepto de utilidad pública, comprendiendo, además de los casos en que el Estado se sustituye en el goce del bien expropiado, para establecer y explotar, por sí mismo, un servicio público, o para emprender una obra que reporte utilidad colectiva, aquéllos en que los particulares, mediante la autorización del Estado, fuesen los encargados de realizar estos objetivos en beneficio de la colectividad.

Tales criterios se contienen en las tesis cuyo contenido refiere:

EXPROPIACIÓN, UTILIDAD PÚBLICA EN LA. La utilidad pública de un acuerdo expropiatorio no siempre convierte la ley relativa en dispositivo que afecta a la generalidad como ocurre cuando el Ejecutivo aplica la ley a un caso particular y expropia los bienes de determinada persona, pero sin que ello tenga caracteres de generalidad, por no referirse a todas las personas, caso en el cual se hace necesaria la prueba de la notificación personal para que al afectado se le repunte conocedor del acuerdo que lesiona sus intereses y no puede alegarse la publicación respectiva en el Diario Oficial, como notificación.

EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA. Para que exista la utilidad pública o social que exige el artículo 27 de la Constitución, para que proceda la expropiación, se necesita que la colectividad, directa o indirectamente, reporte beneficios de que puedan disfrutar, además de los directamente interesados, todo el público en general, condiciones que no se llenan en el caso de la expropiación dictada para el establecimiento de una industria que, aunque si bien directa o indirectamente podría beneficiar a un grupo reducido de personas, a la postre favorecería a la colectividad, por tratarse de una industria nueva, cuyos productos, en la época de su establecimiento, se importaban del extranjero, pues en ese caso no habría una sola actividad industrial que no fuera considerada como de utilidad pública, ya que el establecimiento de cualquiera industria beneficia a la colectividad, por ser una nueva fuente de trabajo, de ingresos para el Estado, por motivo de impuestos y por la introducción al mercado, del artículo que se fabrica.

EXPROPIACION EN BENEFICIO DE PARTICULARES. El artículo 27 constitucional, en su fracción XVII, inciso c), autoriza a los Gobiernos Locales para expropiar los excedentes de la extensión máxima que señalen las leyes reglamentarias, siempre que el propietario de las tierras se ponga al fraccionamiento, en cuyo caso procede la expropiación. De los términos de esa disposición, se advierte que no es anticonstitucional, en principio, el que se afecten bienes de particulares, para que otros particulares los adquieran, sin perjuicio de que, en su oportunidad se estudien las condiciones que concurren en cada caso concreto, de manera que la jurisprudencia establecida en relación con la fracción II del citado artículo 27 constitucional, que sostiene que no cabe la expropiación cuando el beneficiario no es la colectividad sino directamente un particular, se ha ido aclarando pues hay casos en los que la utilidad pública se funda en un interés social o nacional, sin dejar de tener ese carácter, no obstante que el beneficio de la expropiación recaiga en provecho de particulares.

EXPROPIACIÓN, QUÉ DEBE ENTENDERSE POR UTILIDAD PÚBLICA. Aunque la Suprema Corte adoptó el criterio de que sólo existe utilidad pública que legitima la expropiación de bienes de particulares, cuando se sustituye una persona de derecho público en el uso de la cosa afectada, tal criterio ha sido contrariado y se han precisado las ideas a ese respecto, adoptándose la tesis de que la utilidad pública, en sentido genérico, abarca tres causas específicas: la utilidad pública en sentido estricto, o sea, cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio público; la utilidad social, que se caracteriza por la necesidad de satisfacer de una manera inmediata y directa, a una clase social determinada y mediatamente a toda la colectividad; y la utilidad nacional, que exige se satisfaga la necesidad que tiene un país, de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que le afecten como entidad política o como entidad internacional.

EXPROPIACIÓN, ALCANCE DE LA FACULTAD DE. El alcance de la facultad de expropiación comprende, además de los casos en que la colectividad, llámese Municipio, Estado o Nación, se sustituye en el goce del bien expropiado, para establecer y explotar por sí misma un servicio público o para emprender una obra que reporte una utilidad general, aquellos en que los particulares, mediante legal autorización, fuesen los encargados de realizar esos objetos, en beneficio de la colectividad. La nueva concepción jurídica de la propiedad, que no la reputa ya como un derecho

absoluto, sino como una función social, permite que la expropiación pueda llevarse a cabo, no sólo por el antiguo concepto restringido de utilidad pública, sino también por razones de interés social. Dicha expropiación se caracteriza por la tendencia a satisfacer, de modo directo o inmediato, las necesidades de determinada clase social, pero mediata o indirectamente, los de la colectividad, sin que los bienes expropiados dejen de continuar bajo el régimen de propiedad privada. Por lo tanto, al considerar la fracción III del artículo 3o. de la Ley número 323 del Estado de Veracruz, como caso de utilidad pública, la expropiación y fraccionamiento de un lote y la construcción en el mismo, de casas para obreros, lo hizo sin contrariar la disposición relativa, contenida en el artículo 27 constitucional.

Sobre este aspecto, la Corte de Justicia mexicana reitera el criterio que se sostuvo con anterioridad, en el sentido de que el concepto de utilidad pública es más amplio, al comprender no sólo los casos en que el Estado (Federación, entidades federativas, Distrito Federal o Municipios) se sustituye en el goce del bien expropiado a fin de beneficiar a la colectividad, sino además aquellos supuestos en que el Estado autorice a un particular para lograr ese fin. De ahí que la noción de utilidad pública, a diferencia de sus orígenes, ya no sólo se limita a que el Estado deba construir una obra pública o prestar un servicio público, sino que también comprende aquellos supuestos económicos, sociales, sanitarios e inclusive estéticos que pueden requerirse en determinada población, tales como empresas para beneficio colectivo, hospitales, escuelas, unidades habitacionales, parques, zonas ecológicas, entre otros.

Lo anterior ya que, como se ha señalado, el derecho a la propiedad privada se encuentra delimitado en la Norma Fundamental en razón de su función social y, por tanto, excepcionalmente se privilegia al interés social o colectivo frente a aquél y de ahí que, la expropiación se instituye constitucionalmente como una figura necesaria para los fines del Estado, ya que éste debe procurar el progreso y el bienestar social dentro de sus fines, y precisamente a través de la expropiación concilia los intereses de la sociedad con el propietario del bien que se pretenda expropiar, esto es, se logra un equilibrio entre el individuo y el vínculo social.

Por ello, atendiendo a esa función social de la propiedad y a las cada vez mayores necesidades o presiones socioeconómicas que se presentan en una socie-

dad, es evidente que no siempre el Estado por sí mismo podrá satisfacerlas, sino que deberá recurrir a otros medios para ello, como sería autorizar a un particular para que preste determinado servicio público o bien, realice una obra que beneficie en forma inmediata a un sector social y de ahí, en forma mediata, a toda la sociedad, como se sustenta en las tesis de jurisprudencia invocadas.

En consecuencia, la noción de utilidad pública no puede ser restringida, sino por el contrario debe entenderse en un sentido amplio, a fin de que el Estado pueda satisfacer las necesidades sociales y económicas y, por ende, este Tribunal Pleno reitera el criterio sustentado en las citadas jurisprudencias, acerca de que la utilidad pública, en sentido genérico, abarca tres causas específicas:

- a) La utilidad pública en sentido estricto, o sea, cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio público;
- b) La utilidad social, que se caracteriza por la necesidad de satisfacer de una manera inmediata y directa, a una clase social determinada y mediata a toda la colectividad; y
- c) La utilidad nacional, que exige se satisfaga la necesidad que tiene un país, de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que le afecten como entidad política o como entidad internacional.

En estas condiciones, se concluye que si a través de la expropiación, el Estado logra determinados fines colectivos, los cuales son de mayor relevancia que el interés particular, entonces las causas de utilidad pública que las Legislaturas, ya sean Federal o locales, establezcan, dependerán de las circunstancias políticas, sociales y económicas que imperen en determinado tiempo y espacio, de ahí que la Norma Fundamental les confiere la facultad de establecerlas en sus respectivas jurisdicciones, claro sin que ello se traduzca en una facultad discrecional o arbitraria, puesto que siempre deberán tener como fin el bien común.

Respecto de la garantía de audiencia en los procedimientos de expropiación se determinó:

- La garantía de audiencia se cumple, tratándose de actos privativos provenientes de autoridad administrativa, cuando se sigue un procedimiento semejante a un juicio, donde se escucha al gobernado en forma previa al acto de afectación.
- La naturaleza excepcional o singular de la expropiación no autoriza al legislador a prescindir de la garantía de defensa previa a la que deben someterse las autoridades administrativas, en atención a que, por un lado, ese tipo de actuaciones inciden de manera especialmente grave, frontal y directa sobre el derecho a la propiedad privada de los gobernados; por otro lado, la emisión de actos expropiatorios declarados judicialmente injustificados ha tendido a generar afectaciones irreversibles sobre los bienes que concretamente han sido objeto de la expropiación, debido a los problemas que la experiencia del presente momento histórico ha evidenciado en relación con la ejecución de ese tipo de sentencias.
- El concepto de expropiación parte de una noción determinada: la privación, que supone un ataque y una sustracción positiva de un contenido patrimonial de cuya integridad previa se parte. El acto de privación supone un ataque exterior al derecho respectivo, en virtud de fundamentos distintos de los que sostienen su propio contenido, normal o reducido. Privar de un derecho implica una intervención mutiladora.
- La privación que supone la expropiación, es un fenómeno singular y concreto, que implica un sacrificio especial y grave, donde se afecta a determinados ciudadanos concretos, lo que, en principio, supone un desequilibrio de la igualdad ante los beneficios y las cargas públicas (que debe, en consecuencia, ser restablecida mediante una indemnización).
- Si frente al acto de expropiación no procediera audiencia previa, todo decreto expropiatorio sería casi definitivo, ningún mecanismo de defensa sería efectivo para combatir un acto de expropiación, puesto que el transcurso del tiempo y la firmeza temporal del acto expropiatorio terminarían por hacer imposible la devolución de la propiedad concretamente afectada al gobernado, en caso de tener éxito en los Tribunales.

- La afectación estatal que implica la expropiación sobre el derecho fundamental a la propiedad privada de uno o varios gobernados individualmente identificados, implica que, a partir de una relación lógica de correspondencia, las garantías defensivas deban presentar una intensidad equiparable, en orden a que se encuentren proscritas del ordenamiento jurídico las actuaciones arbitrarias e injustificadas sobre dicho bien constitucionalmente tutelado.
- Por las razones anteriores, el artículo 14, segundo párrafo, de la Constitución Federal debe interpretarse en el sentido de prever una garantía de audiencia previa en favor de los afectados por el despliegue de la potestad administrativa expropiatoria, máxime que no se advierte razón alguna por la cual esta garantía no se aplique en tal caso.

Con base en las anteriores consideraciones fundamentales expuestas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto al tema de garantía de audiencia previa en tratándose de expropiación, emitió la tesis de jurisprudencia 2a./J. 124/2006, de rubro y texto siguientes:

EXPROPIACIÓN. LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DEBE RESPECTARSE EN FORMA PREVIA A LA EMISIÓN DEL DECRETO RELATIVO. Conforme al artículo 197 de la Ley de Amparo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación modifica la jurisprudencia 834, publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, Segunda Parte, página 1389, con el rubro: "EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE.", porque de una nueva reflexión se concluye que de la interpretación del artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los actos privativos de la propiedad deben realizarse, por regla general, mediante un procedimiento dirigido a escuchar previamente al afectado, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, que son las señaladas en la jurisprudencia P./J. 47/95, de rubro: "FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.", las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y

que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. En ese sentido, tratándose de actos privativos como lo es la expropiación, para que la defensa sea adecuada y efectiva debe ser previa, en orden a garantizar eficazmente los bienes constitucionalmente protegidos a través del mencionado artículo 14, sin que lo anterior se contraponga al artículo 27 de la Constitución Federal, pues si bien es cierto que este precepto establece las garantías sociales, las cuales atienden a un contenido y finalidades en estricto sentido al régimen de propiedad agraria, y por extensión a las modalidades de la propiedad, al dominio y a la propiedad nacional, también lo es que la expropiación no es una garantía social en el sentido estricto y constitucional del concepto, sino que es una potestad administrativa que crea, modifica y/o extingue relaciones jurídicas concretas, y que obedece a causas establecidas legalmente y a valoraciones discrecionales de las autoridades administrativas; además, la expropiación es una potestad administrativa dirigida a la supresión de los derechos de uso, disfrute y disposición de un bien particular decretada por el Estado, con el fin de adquirirlo. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: XXIV, Septiembre de 2006. Tesis: 2a./J. 124/2006. Página: 278).

3. Conclusiones de la Suprema Corte de Justicia de México

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó que para garantizar la defensa adecuada antes del acto de expropiación, las autoridades tienen las siguientes obligaciones:

- 1) Notificar al afectado el inicio del procedimiento y sus consecuencias;
- 2) Dar la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa;
- 3) La oportunidad de alegar;
- 4) Dictar una resolución que dirima las cuestiones debatidas.

Efectivamente, la expropiación por causa de utilidad pública exige el cumplimiento o existencia de estos tres elementos o condiciones: 1), que haya una nece-

sidad pública; 2), que el bien que se pretende expropiar sea susceptible de producir la satisfacción de esa necesidad, extinguiéndola; y 3), la inexistencia de otra vía de solución que pudiera producir el mismo efecto, sin necesidad de privar al particular de su derecho de propiedad.

Es decir, entre la *causa expropiando* y la determinación de los bienes y derechos que deben ser objeto de la expropiación existe siempre una relación necesaria, dado que tan sólo son incluibles en la expropiación aquellos que sirvan a su fin legitimador y ello convierte en injustificada la expropiación de bienes o derechos que no sean estrictamente indispensables para el cumplimiento de dicho fin.

En ese sentido, este Alto Tribunal encuentra que pesa sobre las autoridades la justificación de la *causa expropiando*, de lo cual se deduce que el particular afectado se encuentra en la posición de demostrar que el acto de imperio no se ha ajustado a las condiciones constitucionales que legitiman ese tipo de actuaciones.

La garantía de defensa frente a actos expropiatorios debe ser previa a la definición del acto privativo, para que sea efectiva.

Esto es así, en virtud de la requerida, lógica y justa correspondencia entre la intensidad de la expropiación y la intensidad de la oportunidad defensiva frente a ese tipo de actuaciones.

Ya se ha visto que la expropiación se presenta bajo una doble faz: por una parte, supone un poder de la Administración para abatir la propiedad y mermar el régimen patrimonial de los administrados; por otro lado, su regulación se articula en muy buena medida como un sistema de garantías ofrecido a estos administrados que sufren sobre sus bienes la violenta acción administrativa.

Podemos así distinguir en el seno de la misma institución una potestad expropiatoria y una garantía patrimonial.

La primera es una potestad administrativa dotada de una especial energía y gravedad: la de sacrificar situaciones patrimoniales privadas. La garantía del par-

ricular que, como es lo común en todas las instituciones de derecho administrativo, balancea y contrapesa esa potestad de la administración, hace valer, primero, los límites y condiciones de tal potestad, que delinear el sistema activo de protección correlativo; y segundo, reduce esa potestad a su efecto mínimo de desapoderamiento específico del objeto expropiado, sin implicar el empeoramiento patrimonial de su valor, que ha de restablecerse con la indemnización expropiatoria. Y todavía, hace pender permanentemente sobre la expropiación consumada la efectividad de su causa para resolver aquélla cuando ésta cesa.

El numeral 14 de la Carta Magna expresamente consagra la garantía de previa audiencia en todos los actos de privación que afecten a los gobernados, calificativo con que debe identificarse a la expropiación, si se tiene presente que ese tipo de actos producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, de conformidad con la jurisprudencia de rubro: *"ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN."*

Es evidente que los actos de molestia no se rigen por la garantía de previa audiencia, pues los efectos son sólo provisionales; de ahí que únicamente se obligue a la autoridad a contraerse a lo previsto en el artículo 16 de la Carta Magna, fundando y motivando el acto, pero en relación con los actos privativos, es imposible soslayar el hecho de que el artículo 14 constitucional refiere, expresamente, que deben realizarse mediando un procedimiento defensivo previo.

Así, la garantía de audiencia se cumple, tratándose de actos privativos provenientes de autoridad administrativa, cuando se sigue un procedimiento semejante a un juicio, donde se escucha al gobernado en forma previa al acto de afectación, y que se cumple a través de las formalidades esenciales del procedimiento.

Por ende, la naturaleza excepcional o singular de la expropiación no autoriza al legislador a prescindir de la garantía de defensa previa a la que deben someterse las autoridades administrativas, en atención a que, por un lado, ese tipo de actuaciones inciden especialmente grave, frontal y directa sobre el derecho a la propiedad privada de los gobernados; por otro lado, porque la emisión de actos

expropiatorios declarados judicialmente injustificados ha tendido a generar afectaciones irreversibles sobre los bienes que concretamente han sido objeto de la expropiación, debido a los problemas que la experiencia del presente momento histórico ha evidenciado en relación con la ejecución de ese tipo de sentencias.

El concepto de expropiación parte de una noción determinada: la privación. Privación supone un ataque y una sustracción positiva de un contenido patrimonial de cuya integridad previa se parte. El acto de privación supone un ataque exterior al derecho respectivo, en virtud de fundamentos distintos de los que sostienen su propio contenido, normal o reducido. Privar de un derecho implica una intervención mutiladora.

Desde esa óptica, la privación que supone la expropiación es un fenómeno singular y concreto, que implica un sacrificio especial y grave, que afecta a determinados ciudadanos concretos, lo que, en principio, supone un desequilibrio de la igualdad ante los beneficios y las cargas públicas que, debe en consecuencia, ser restablecida mediante una indemnización.

Si frente al acto de expropiación no procediera audiencia previa, está claro que todo decreto expropiatorio sería casi definitivo, ningún mecanismo de defensa sería efectivo para combatir un acto de expropiación, puesto que el transcurso del tiempo y la firmeza temporal del acto expropiatorio, terminarían por hacer imposible la devolución de la propiedad concretamente afectada al gobernado, en caso de tener éxito en los Tribunales.

La afectación estatal que implica la expropiación sobre el derecho fundamental a la propiedad privada de uno o varios gobernados individualmente identificados, implica que, a partir de una relación lógica de correspondencia, las garantías defensivas deban presentar una intensidad equiparable, en orden a que se encuentren proscritas del ordenamiento jurídico las actuaciones arbitrarias e injustificadas sobre dicho bien constitucionalmente tutelado.

Por consiguiente, el artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Federal debe interpretarse en el sentido de prever una garantía de audiencia previa en

favor de los afectados por el despliegue de la potestad administrativa expropiatoria, máxime que no se advierte razón alguna por la cual esta garantía no sea aplicable en ese caso.

El verdadero sentido de las normas constitucionales no se obtiene de su interpretación aislada, sino de su interpretación sistemática y armónica con las normas con que convive dentro del ordenamiento jurídico, sean nacionales o internacionales, secundarias o primarias, acordes con su tiempo, habida cuenta que las normas constitucionales se hallan dentro de un contexto jurídico complejo.

La conclusión a la que se ha arribado es acorde a la interpretación sistemática y armónica de los artículos 14 y 27 de la Constitución Federal pero, además, resulta congruente con el principio de no discriminación por razón de nacionalidad previsto en el artículo 1o. constitucional y 1o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que aplicado directamente al caso concreto, debió orillar a la autoridad a prever para las empresas nacionales las mismas condiciones que las reguladas para los extranjeros en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en cuanto al aspecto en análisis.

Acorde a las anteriores argumentaciones, el Pleno del Tribunal Constitucional Mexicano determinó que, en los casos de expropiación debe regir la garantía de audiencia previa establecida en el artículo 14 constitucional, acorde a las consideraciones relativas ya citadas; por tanto, al tratarse de los mismos supuestos de la jurisprudencia respecto de la cual se solicita su modificación, tales premisas subsisten en el asunto que nos ocupa en virtud de que los artículos analizados para determinar que sí rige la garantía de audiencia previa.

III. ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD ENTRE LA RESOLUCIÓN EMITIDA EN MÉXICO Y LOS ESTÁNDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL

En el derecho internacional encontramos dos claras referencias al bien común, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1984) y en el artículo 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La primera señala "Los pueblos americanos han dignificado a la persona humana y sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad", lo cual marca el relieve internacional de la defensa de los derechos humanos y la consecución del bien común.

Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática". Lo cual marca el carácter social del bien común y la consideración que debemos tener de este concepto en materia de limitación de los derechos individuales.

Partiendo de que el bien común y el interés público tienen como fin que el individuo y por consiguiente la sociedad se desenvuelvan de manera que no se perjudique al otro, o dicho en términos positivos, de manera que se procuren la paz y la armonía necesarias para la convivencia social, el fin que se persigue cuando se externa la causa de utilidad pública causal de una expropiación es precisamente cubrir ese objetivo: que exista la paz y armonía necesaria para dicha convivencia.

Es así que en situaciones críticas el interés público exige la intervención estatal para suplir acciones que por sí misma la sociedad no puede imponer, ya sea como medio de defensa, como medio para terminar un conflicto, como factor de equilibrio entre los actores sociales, o como medio para fomentar o incentivar el bienestar. Ya que el libre juego de la voluntad individual no siempre es compatible con la preeminencia del beneficio colectivo.

Uno de los aspectos más palpables, uno de los más evidentes de que una acción genera una expropiación es el beneficio colectivo, la mejora en las condiciones de vida de un individuo como parte integrante de una sociedad que se beneficia de la generación de empleos estables, la percepción de mejores ingresos, el desarrollo de actividades culturales, educativas, sociales, productivas que permitan el progreso y generen situaciones propicias para la convivencia armónica.

Finalmente cabe señalar que la facultad que tiene el Estado de expropiar se encuentra inmersa en las condiciones y características específicas de cada caso, las cuales deben ser superiores al interés particular, ya que la propiedad originaria de la nación es lo que permite que se cumpla la función social de la propiedad, aun cuando ésta sea transmitida a un particular.

Es de destacarse que conforme a las premisas referidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de la sentencia analizada en el presente trabajo de investigación y diversos criterios que se han emitido y citado en el apartado anterior, se concluye que la Suprema Corte de Justicia mexicana, ha acatado en sus términos los presupuestos que la propia Corte Interamericana ha señalado con relación al derecho fundamental de respeto a la propiedad privada y a los derechos que se deben respetar tratándose de la expropiación que el Estado pueda efectuar en aras de un bien superior. Derechos que versan principalmente sobre el reconocimiento de un derecho de audiencia previa al afectado, que dicha afectación se justifique por utilidad pública y finalmente que se reconozca al propietario el derecho a la indemnización como compensación del bien expropiado, premisas que quedan claramente demostradas en las siguientes tesis:

EXPROPIACIÓN. LA LEY RELATIVA VIOLA EL ARTÍCULO 14, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN, AL NO CONTENER PROCEDIMIENTO ALGUNO POR EL QUE SE OTORQUE AL GOBERNADO LA GARANTÍA DE AUDIENCIA PREVIA. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 2a./J. 124/2006, de rubro: "EXPROPIACIÓN. LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DEBE RESPETARSE EN FORMA PREVIA A LA EMISIÓN DEL DECRETO RELATIVO.", sostuvo que de la interpretación del artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que los actos privativos de la propiedad deben realizarse, por regla general, mediante un procedimiento dirigido a escuchar previamente al afectado, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, conforme a los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. En ese tenor, la Ley de

Expropiación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de noviembre de 1936, viola la garantía de audiencia previa contenida en el precepto constitucional citado, pues no prevé procedimiento alguno del que se infiera que el gobernado tenga la oportunidad de alegar y ofrecer pruebas en su defensa antes de la emisión del acto de afectación, criterio que tiene como excepción lo considerado por la Segunda Sala en la tesis 2a. LXI/2007, de rubro: "EXPROPIACIÓN. SI LA DECLARATORIA SE REALIZA INVOCANDO COMO CAUSAS DE UTILIDAD PÚBLICA LAS PREVISTAS EN LAS FRACCIONES V, VI Y X DEL ARTÍCULO 1o. DE LA LEY RELATIVA, NO SE REQUIERE OTORGAMIENTO DE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA PREVIAMENTE A LA OCUPACIÓN DEL BIEN EXPROPIADO.", en la que determinó que respecto de los supuestos contenidos en las fracciones V, VI y X del artículo 1o. de la Ley de Expropiación, la ocupación del bien expropiado puede realizarse inmediatamente después de la declaratoria correspondiente, sin oír previamente al afectado, pero respetando su garantía de audiencia con posterioridad y antes de que el Estado disponga definitivamente de la propiedad, en virtud del carácter urgente e inaplazable de esa medida en tales casos.

EXPROPIACIÓN. CONCEPTO DE UTILIDAD PÚBLICA. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto al concepto de utilidad pública, ha sustentado diversos criterios, en los que inicialmente señaló que las causas que la originan no podrían sustentarse en dar a otro particular la propiedad del bien expropiado, sino que debía ser el Estado, en cualquiera de sus tres niveles, quien se sustituyera como propietario del bien a fin de conseguir un beneficio colectivo a través de la prestación de un servicio o realización de una obra públicas. Posteriormente amplió el concepto comprendiendo a los casos en que los particulares, mediante la autorización del Estado, fuesen los encargados de alcanzar los objetivos en beneficio de la colectividad. Así, esta Suprema Corte reitera el criterio de que el concepto de utilidad pública es más amplio, al comprender no sólo los casos en que el Estado (Federación, Entidades Federativas, Distrito Federal o Municipios) se sustituye en el goce del bien expropiado a fin de beneficiar a la colectividad, sino además aquellos en que autoriza a un particular para lograr ese fin. De ahí que la noción de utilidad pública ya no sólo se limita a que el Estado deba construir una obra pública o prestar un servicio público, sino que también comprende aquellas necesidades económicas, sociales, sanitarias e inclusive estéticas, que pueden requerirse en

determinada población, tales como empresas para beneficio colectivo, hospitales, escuelas, unidades habitacionales, parques, zonas ecológicas, entre otros, dado que el derecho a la propiedad privada está delimitado en la Constitución Federal en razón de su función social. Por ello, atendiendo a esa función y a las necesidades socioeconómicas que se presenten, es evidente que no siempre el Estado por sí mismo podrá satisfacerlas, sino que deberá recurrir a otros medios, como autorizar a un particular para que preste un servicio público o realice una obra en beneficio inmediato de un sector social y mediato de toda la sociedad. En consecuencia, el concepto de utilidad pública no debe ser restringido, sino amplio, a fin de que el Estado pueda satisfacer las necesidades sociales y económicas y, por ello, se reitera que, genéricamente, comprende tres causas: a) La pública propiamente dicha, o sea cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio u obra públicos; b) La social, que satisface de una manera inmediata y directa a una clase social determinada, y mediatemente a toda la colectividad; y c) La nacional, que satisface la necesidad que tiene un país de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que le afecten como entidad política o internacional.

EXPROPIACIÓN. EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY APLICABLE EN MATERIA FEDERAL, VIGENTE HASTA 1993, EN CUANTO AL PLAZO PARA EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN, NO ES INCONSTITUCIONAL. Del examen de las ejecutorias que integran la jurisprudencia publicada en el Apéndice de 1988, Segunda Parte, Volumen II, página 1388, con el rubro: "EXPROPIACIÓN, INDEMNIZACIÓN EN CASO DE.", se sigue que el alcance que debe otorgarse a la misma en cuanto concluye que "la ley que fije un término o plazo para cubrir la indemnización es violatoria de garantías", es el de que tal violación se produce cuando el ordenamiento impide que la indemnización se cubra a raíz del acto posesorio del bien expropiado sin más dilación que la necesaria para fijar legalmente su monto, a fin de que no se torne ilusoria sino real y oportuna, fijando un plazo determinado demasiado largo para su pago, como lo establecían las leyes reclamadas en los amparos en que se dictaron las ejecutorias respectivas, que consignaban el pago a plazos durante veinte años o en un tiempo no menor a veinte años. La jurisprudencia que se examina no contempla el caso de leyes en las que se establezca que la forma y plazos para que la indemnización se cubra se fijará por la autoridad expropiante,

fijándose a ésta un periodo máximo para ello. Por tanto, el artículo 20 de la Ley de Expropiación aplicable en materia federal, vigente hasta mil novecientos noventa y tres, al disponer que "la autoridad expropiante fijará la forma y los plazos en que la indemnización deberá pagarse, los que no abarcarán nunca un periodo mayor de diez años", no viola el artículo 27 constitucional en la medida que no deja en plena libertad a la autoridad para que cubra la indemnización en el plazo de diez años, tornándola ilusoria o irreal, sino que sólo le fija un plazo máximo para pagar tal indemnización. El precepto constitucional no exige que la indemnización sea cubierta con anterioridad al acto posesorio del bien expropiado, pues si la expropiación por causa de utilidad pública como acto de soberanía responde a necesidades sociales urgentes, éstas podrían resultar afectadas e insatisfechas si no pudiese disponerse del bien hasta que se cubriera la indemnización, cuando que los derechos y necesidades de índole social se encuentran por encima del derecho subjetivo meramente individual del afectado por el acto expropiatorio, de ser compensado por la privación o limitación que tal acto implica. La exigencia constitucional consiste, por ende, en cubrir la indemnización en un plazo razonable tomando en cuenta el tiempo necesario para determinar su monto y entregarlo al afectado, a fin de que la compensación que para éste representa no se torne ilusoria e irreal, con la salvedad de que cuando el Estado expropie para llenar una función social de urgente realización y sus condiciones económicas no permitan el pago de la indemnización en las condiciones mencionadas, pueda ordenarse tal pago dentro de las posibilidades del Erario pues, de nueva cuenta, en este supuesto, la satisfacción de la necesidad social se encuentra por encima del derecho del afectado a ser resarcido del perjuicio que le ocasiona el acto expropiatorio.

De los criterios jurisdiccionales transcritos, queda claro que tal y como se refirió con anterioridad, la Suprema Corte de Justicia mexicana, ha observado con puntualidad los presupuestos de respeto a la propiedad privada determinados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



*El derecho a la intimidad,
a la honra y a la dignidad:
pruebas genéticas, órdenes de cateo
y la inviolabilidad de las
comunicaciones privadas*

JAVIER ORTIZ*

El presente trabajo tiene por objeto analizar tres sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a la luz de los estándares internacionales aplicables; tales resoluciones abordan temas sensibles, como son las pruebas genéticas (apartado I), las órdenes de cateo (apartado II) y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas (apartado III).

I. PRUEBAS GENÉTICAS

1. Estándares internacionales en materia de derechos humanos

En relación con la práctica de las pruebas periciales en genética, que se aborda en este apartado, resultan aplicables el derecho a la integridad personal, el derecho a la libertad personal, el derecho a la privacidad o intimidad y la protección de la honra y de la dignidad, entre otros derechos humanos, establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscritos y ratificados por el Estado mexicano, de conformidad con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

a. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Preámbulo del Pacto reconoce la dignidad inherente a la persona humana, del cual se derivan los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.¹ El Pacto establece el derecho a la integridad corporal cuando dispone que nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7). De igual forma, establece que todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9.1).² Asimismo, establece que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación (artículo 17.1),³ y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques (artículo 17.2).

Las pruebas de ADN pueden constituir una intromisión o injerencia en el derecho a la privacidad establecido en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁴ El Comité de Derechos Humanos ha señalado que las obligaciones impuestas por el invocado artículo requieren que los Estados adopten medidas legislativas y otras medidas para hacer respetar la prohibición en contra de esas injerencias y ataques.⁵ Acerca del sentido y alcance de lo dispuesto en el artículo 17, el Comité ha establecido que el término "ilegal" que aparece en la formulación normativa respectiva significa que ninguna injerencia puede tener

¹ El Preámbulo sostiene: "Los Estados Partes en el presente Pacto,

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana,

[...]"

² "Artículo 9

1. *Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.* Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

[]" [Énfasis añadido]

³ "Artículo 17

1. *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.*

2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*" [Énfasis añadido]

⁴ Véase: Comité de Derechos Humanos, *Observaciones conclusivas. Dinamarca, CCPR/CO/70/DNK*, 15 de noviembre de 2000, párrafo 15.

⁵ Comentario General No. 16.

lugar, excepto en los casos previstos en la ley y que la injerencia autorizada por los Estados sólo puede tener lugar sobre la base de la ley, misma que debe cumplir con las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto.⁶ En cuanto a la expresión "injerencia arbitraria", el propio Comité ha puesto en relieve que la misma también puede extenderse a las injerencias realizadas en el marco de la ley, ya que la introducción del concepto de arbitrariedad tiene como propósito garantizar que, incluso, las intervenciones en el marco de la ley deben ser acordes con las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto y deben ser, en todo caso, razonables en las circunstancias particulares.⁷ De igual forma, el Comité ha indicado que el derecho a la protección a la privacidad tiene necesariamente un alcance relativo, toda vez que todas las personas viven en sociedad,⁸ lo que implica que no es un derecho absoluto.

b. Convención Americana sobre Derechos Humanos

En la Convención Americana o Pacto de San José se establece el derecho a la integridad personal en sus diferentes vertientes al disponer que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (artículo 5.1).⁹ De igual forma, establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 7.1).¹⁰ Asimismo, dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad (artículo 11.1),¹¹ que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación (artículo 11.2) y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques (artículo 11.3).

⁶ *Idem.*

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem.*

⁹ "Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. *Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*
[]" [Énfasis añadido]

¹⁰ "Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. [...]"

¹¹ "Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias (sic) arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."

2. Análisis de la sentencia de la Suprema Corte

a. Antecedentes relevantes y hechos

En sesión de 19 de marzo de 2003, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción de tesis 81/2002-PS, por unanimidad de votos, en la que determinó que sí existe la contradicción de tesis denunciada entre los criterios sostenidos por diferentes Tribunales Colegiados y que debe prevalecer, con el carácter de jurisprudencia, la tesis 1a./J 17/2003, que lleva por rubro: "PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO TIENEN UNA EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN SUSCEPTIBLE DE AFECTAR DERECHOS SUSTANTIVOS DE LA PERSONA".¹²

Cabe señalar que la finalidad del procedimiento de contradicción de tesis es generar seguridad jurídica.

Como antecedentes del asunto, es preciso señalar que los tribunales colegiados contendientes, al resolver asuntos relacionados con cuestiones de reconocimiento de hijos, sostuvieron las siguientes posiciones divergentes:

(A1) El Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimotercer Circuito, al resolver un amparo en revisión interpuesto contra el desechamiento de la demanda de amparo promovida contra el auto que admitió la prueba pericial genética, sostuvo que la causal de improcedencia que invocó el Juez de Distrito no es manifiesta ni indudable. Sostuvo que para el desahogo de la prueba pericial genética se requiere tomar muestras de material orgánico, en cuya obtención puede atentarse contra la integridad física de la persona, razón por la cual su admisión involucra, de modo directo, la afectación de sus derechos sustantivos, de modo que, aunque obtuviera

¹² Novena Época. Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XVII, abril de 2003, p. 88. Texto:

una sentencia favorable en el juicio de origen, la afectación a sus derechos fundamentales ya no podría ser reparada, ni jurídica ni materialmente.

(A2) Por su parte, el Segundo Tribunal Colegiado del mismo circuito, sostuvo que la admisión y el pretendido desahogo de dicha prueba no traen como consecuencia la afectación de las garantías individuales, pues sostuvo que la integridad personal no está incluida dentro de las mismas. Por lo tanto, la admisión y desahogo de dicha prueba no causa al quejoso perjuicios de imposible reparación.

Conforme con sus respectivas argumentaciones, los tribunales colegiados contendientes sostuvieron las siguientes respectivas tesis:

(T1) La admisión y desahogo de la prueba pericial en genética causan al quejoso perjuicios de imposible reparación, al lesionar derechos fundamentales, razón por la cual resulta procedente el juicio de amparo indirecto.

(T2) No es el caso que la admisión y desahogo de la prueba pericial en genética causen al quejoso perjuicios de imposible reparación, al no lesionar derechos fundamentales, razón por la cual no resulta procedente el juicio de amparo indirecto.

Las tesis (T1) y (T2) son lógicamente incompatibles, toda vez que una es la negación de la otra.¹³

Entonces, el problema al que se enfrentó la Primera Sala de la Suprema Corte fue si el acto dictado por un Juez de primera instancia que admite la prueba pericial en genética y ordena su desahogo es susceptible o no de producir perjuicios de imposible reparación. De la respuesta que se dé a esa cuestión, depende si procede o no el amparo indirecto.

La Primera Sala arribó a la determinación de que un auto por el que se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial en genética constituye un acto

¹³ En el entendido de que para que se actualice una contradicción de tesis no es necesario que las tesis sean contradictorias en sentido lógico.

de imposible reparación que puede afectar derechos fundamentales de la persona, razón por la cual debe ser sujeto a un inmediato análisis constitucional, mediante el juicio de amparo indirecto, de conformidad con los artículos 107, fracción II, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 114, fracción IV, de la Ley de Amparo.

b. Consideraciones jurídicas

La tesis jurisprudencial –por contradicción– a la que llegó la Primera Sala, en la resolución de la contradicción de tesis, se sustenta, básicamente, en las siguientes razones jurídicas:

1. Conforme a una línea jurisprudencial definida, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio de que procede el juicio de amparo indirecto contra actos en juicio, cuya ejecución sea de imposible reparación, y que los actos procesales tienen una ejecución irreparable si sus consecuencias afectan en forma directa alguno de los derechos fundamentales. La afectación es jurídicamente trascendente, ya que sus efectos no se destruyen con el solo hecho de que quien la sufre obtenga una sentencia favorable. Lo anterior, en virtud de las siguientes consideraciones:

1.1. El artículo 114, fracción IV, de la Ley de Amparo prevé la procedencia del amparo indirecto contra actos en juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación.

1.2. Los actos dentro del juicio producen una ejecución irreparable sólo cuando afectan de modo directo derechos sustantivos y, únicamente de manera excepcional, en algunos casos cuando se afectan derechos adjetivos o procesales, *v. g.*, cuando se dirimen cuestiones relativas a la personalidad de las partes.

1.3. En efecto, en relación con actos en juicio de naturaleza eminentemente procesal, los mismos sólo podrán ser impugnados en amparo indirecto sólo en casos excepcionales, cuando se trate de una afectación exorbitante que pueda determinarse objetivamente y se advierta la extrema gravedad de los efectos de la violación.

1.4. Los efectos de la violación tendrán una "trascendencia específica" cuando el grado extraordinario de afectación obligue a efectuar un análisis inmediato de la constitucionalidad del acto procesal en cuestión, en virtud de que es manifiesta la afectación directa e inmediata de un derecho fundamental del particular.

2. Establecido lo anterior, lo que es preciso dilucidar es si el auto por el que se admite la prueba genética y se ordena su desahogo ocasiona perjuicios de imposible reparación. La respuesta es sí, en virtud de lo siguiente:

2.1. Para desahogar la prueba genética es necesario la toma de muestras de tejido celular, por lo general de sangre, a partir del cual, mediante un procedimiento científico, es posible determinar la correspondencia del ADN (ácido desoxirribonucleico) entre los implicados [los supuestos progenitores y sus supuestos hijos], lo cual permitirá establecer no sólo la existencia de un vínculo de parentesco de consanguinidad, sino también otras características genéticas inherentes a la persona que se somete a su estudio, que "pertenecen a la más absoluta intimidad del ser humano".¹⁴

2.2. La práctica de los exámenes para determinar la huella genética podría traer consigo la violación de derechos fundamentales de la persona, razón por la cual, de ser obtenida dicha prueba en forma irregular, no serviría como un medio probatorio fehaciente ante un juzgado o tribunal.

2.3. El permitir que se practique en su persona, sin ninguna restricción, la prueba pericial en genética podría traducirse en una invasión a la intimidad del ser humano, poniendo al descubierto características genéticas ajenas a la *litis* que se pretende dilucidar, pero que pueden quedar de manifiesto, a través de los dictámenes periciales que, en su momento, se rindan y obrar en autos, en donde todo aquél que tenga al expediente podrá imponerse de su contenido, con lo que se vulneraría el derecho a la intimidad y, en algún grado, el derecho a la libertad y a la integridad física.

¹⁴ Considerando sexto.

2.4. El hecho de admitir y ordenar el desahogo de la prueba pericial en genética produce una afectación que, aunque, en principio, pudiera parecer de naturaleza simplemente procesal, lo cierto es que reviste una trascendencia específica, en cuanto que, para su desahogo es preciso disponer de una porción de tejido celular y obliga al individuo a presentarse en un lugar y hora determinados para la toma de muestras y la práctica de exámenes de laboratorio, lo que puede implicar una afectación tanto a su libertad persona como a su integridad física.

2.5. El derecho a la intimidad, a la libertad y a la integridad física, en caso de ser vulnerados, no podrían ser resarcidos con el solo hecho de obtener una sentencia favorable.

2.6. Aunque el afectado obtuviera una sentencia favorable, ya no podría ser resarcido del tejido celular que hubiese sido requerido para realizar el análisis tendiente al desahogo de la prueba referida, con independencia de que la sangre extraída pueda ser regenerada por el propio cuerpo, o que la toma de muestras de otro tipo de tejido celular sólo se traduzca en una molestia para el individuo.

2.7. Por tanto, la afectación que produce la prueba deviene en un acto cuya ejecución es de imposible reparación.

2.8. Por tanto, es pertinente que el proveído en cuestión deba someterse, de inmediato, a un estudio de su constitucionalidad, sin necesidad de esperar a que se dicte sentencia.

3. En consecuencia, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que la admisión y orden de desahogo de la prueba pericial en materia genética, por la especial naturaleza de la prueba y sus trascendencia jurídica inherente, no puede tenerse como un acto de naturaleza y consecuencias simplemente adjetivas o procesales, dado que existe la posibilidad de afectación a los derechos fundamentales de las personas y, por ende, contra dicha determinación procede el juicio de amparo indirecto, de conformidad con el artículo 114, fracción IV, de la Ley de Amparo.

3. Análisis de compatibilidad entre la sentencia mexicana y los estándares internacionales y conclusiones

a. Análisis de compatibilidad

La resolución bajo análisis dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resulta, en mi concepto, compatible con los parámetros internacionales aplicables en el presente caso, en particular del derecho a la intimidad, el derecho a la integridad, en sus diferentes vertientes [integridad física, psíquica y moral (específicamente, a la luz del artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)], así como el derecho a la libertad y seguridad personales.

En efecto, es cierto que se dictó la referida resolución para dilucidar una contradicción de criterios en el que la cuestión principal era la procedencia o no del juicio de amparo indirecto para impugnar un auto por el que se admite y ordena el desahogo de una prueba pericial para determinar la huella genética, con el objeto de acreditar si existe o no vínculo de parentesco por consanguinidad.

No obstante lo anterior, también es verdad que la Primera Sala de la Corte Constitucional fue lo suficientemente sensible para advertir –en contraste con lo que determinó uno de los tribunales colegiados contendientes– que, dada la naturaleza de la prueba pericial en genética y su *trascendencia jurídica* específica, el desahogo de la misma puede traducirse en la violación o lesión de los derechos fundamentales de las personas, como su integridad física, su libertad e intimidad, entre otros; y que podría constituir una injerencia ilegal o arbitraria, en los términos del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, correlativamente, del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

b. Conclusiones

De conformidad con lo anterior, cabe establecer las siguientes conclusiones:

- 1) Si bien se comparte el sentido de la resolución bajo estudio, vale la pena destacar que la misma, en la fundamentación jurídica, no invocó, ni mucho

menos determinó, el alcance y sentido de los derechos fundamentales aplicables previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de haberlo hecho, hubiera ganado en justificación.

- 2) Con todo, es preciso destacar que la resolución misma y la tesis jurisprudencial 17/2003 a la que dio origen, que determinan que el auto que admite y ordena el desahogo de la prueba pericial en genética constituyen actos que serían de imposible reparación y, por tanto, impugnables en amparo indirecto, han constituido un importante precedente en la solución de similares casos sobre la prueba pericial en materia genética, como la contradicción de tesis 154/2005-PS¹⁵ y el amparo directo en revisión 908/2006.¹⁶
- 3) Existen problemas para discutir que ya se avizoraban en la resolución de la Primera Sala, como los conflictos que, en determinadas circunstancias, pueden darse, por ejemplo, entre el desahogo de las pruebas genéticas y otros derechos humanos, como la libertad de creencias.

II. CATEOS

1. Estándares internacionales en materia de derechos humanos

Además de lo que se indicó al hablar de ese derecho en relación con el tema de las pruebas genéticas (*supra* I, 1), es preciso señalar que, en el contexto de la sentencia analizada, el Comité ha sostenido que con respecto al término "familia", los objetivos del Pacto requieren que, para propósitos del artículo 17, debe darse a ese término una interpretación amplia para incluir todo lo que se entiende bajo ese término, tal como se entiende en la sociedad del Estado; similarmente, el término "domicilio" en español (y sus equivalentes en otros idiomas), tal como se usa

¹⁵ Resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte en sesión de 18 de octubre de 2006, por mayoría de tres votos.

¹⁶ Resuelto por la Primera Sala en sesión de 18 de abril de 2007, por unanimidad de cuatro votos.

en el invocado artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha de entenderse para indicar el lugar donde una persona reside o lleva a cabo su ocupación habitual, dándole también una interpretación amplia para incluir lo que se entiende bajo ese término, según se entiende en la sociedad del Estado.¹⁷

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que, incluso, con respecto a injerencias que son conformes con el Pacto, la legislación aplicable debe especificar en detalle las circunstancias precisas en las cuales tales injerencias se pueden permitir, y que una decisión para ordenar una injerencia debe ser emitida sólo por la autoridad designada bajo la ley y teniendo en cuentas las circunstancias del caso. Así también, dicho Comité ha mencionado que los cateos en el domicilio de una persona deben circunscribirse a la búsqueda de evidencia necesaria y no implicar abuso alguno.¹⁸

2. Análisis de la sentencia de la Suprema Corte

a. Antecedentes relevantes y hechos

En sesión de 26 de agosto de 2003, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, por unanimidad de nueve votos, el amparo en revisión 3488/98, en el que precisó el sentido y alcance de lo dispuesto en el párrafo octavo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de cateos, específicamente en lo que se refiere a qué órganos pueden válidamente expedir las órdenes de cateo.

Como antecedentes del asunto, debe señalarse que el quejoso promovió demanda de amparo en contra de los actos que reclamó de diversas autoridades, los que hizo consistir, en síntesis, en la inconstitucionalidad de los artículos 156 y 157 del Código Fiscal del Estado de Nuevo León. El quejoso señaló como garantías violadas las consagradas en los artículos 5, 14, 16, 22, 25 y 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Juez de origen negó la protección constitucional solicitada.

¹⁷ Comentario General No. 16.

¹⁸ *Idem.*

Inconforme con esa resolución, el quejoso interpuso recurso de revisión aduciendo, en esencia, que el criterio sostenido por el Juez de Distrito en el sentido de que, tratándose de asuntos de índole civil o administrativa, no es requisito necesario que la orden de cateo sea pronunciada por la autoridad judicial, lo que es incompatible con lo dispuesto en el artículo 16 constitucional, que establece que sólo la autoridad judicial podrá expedir válidamente órdenes de cateo, sin que se prevea ninguna excepción a dicha regla.

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte estimó fundado el agravio sintetizado y suficiente para declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones reclamadas y, en consecuencia, se resolvió modificar la sentencia recurrida y conceder a la parte quejosa el amparo y protección de la Justicia Federal. La resolución dio origen a la tesis aislada P. XII/2003, de rubro: "ÓRDENES DE CATEO. LAS DISPOSICIONES LEGALES QUE AUTORIZAN SU EXPEDICIÓN A AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS SON VIOLATORIAS DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL (ARTÍCULOS 156 Y 157 DEL CÓDIGO FISCAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN)".¹⁹

b. Consideraciones jurídicas

El Tribunal Pleno arribó a la determinación de que los artículos 156 y 157 del Código Fiscal del Estado de Nuevo León resultan inconstitucionales, en virtud de las siguientes razones:

¹⁹ Novena Época. Pleno. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XVIII, agosto de 2003, p. 51. Texto: El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege la inviolabilidad del domicilio del gobernado, como el más conocido asiento de su persona, familia, papeles y posesiones; el Constituyente partió de esta premisa fundamental para establecer que las órdenes de cateo única y exclusivamente deben ser dictadas por la autoridad judicial, dando atribuciones a la autoridad administrativa para practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía, así como para exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos; en concordancia con ello estableció, además, diversos requisitos formales tendentes al sano ejercicio de su práctica. En ese contexto se distinguen dos tipos de facultades otorgadas, concertadamente, a otras tantas clases de autoridades; así, sólo las judiciales pueden emitir, válidamente, órdenes de cateos, mientras que la emisión de órdenes de visitas domiciliarias corresponde a las autoridades administrativas. Por ende, son inconstitucionales las leyes que autorizan a las autoridades administrativas para ordenar cateos, ya que la Carta Fundamental no les otorga tales atribuciones, de donde se concluye que los artículos 156 y 157 del Código Fiscal del Estado de Nuevo León, son inconstitucionales únicamente en cuanto autorizan a la autoridad administrativa a dictar órdenes de cateo.

1. En el proveído señalado como acto de aplicación de las normas impugnadas se facultó al "Ministro instructor" para constituirse en el domicilio del quejoso con el fin de requerirle el pago de la cantidad requerida; que, en el caso de negativa, procediera al embargo y secuestro de bienes suficientes para garantizar el adeudo fiscal de que se trata y que, de ser necesario, lo autorizó para auxiliarse de la fuerza pública, llevar a cabo el cateo y rompimiento de cerraduras.

2. El artículo 156 del Código Fiscal del Estado de Nuevo León establece que si el deudor o cualquier otra persona impidiera materialmente al ejecutor el acceso al domicilio de aquél o lugar en que se encuentren bienes, siempre y cuando se haya dado orden de cateo, el ejecutor solicitará el auxilio de la policía o de otra fuerza pública para llevar adelante el procedimiento de ejecución.

3. Por su parte, el artículo 157 del referido código presupone que el jefe de la oficina ejecutora (una autoridad administrativa) podrá emitir acuerdo de cateo.

4. El acuerdo señalado como acto de aplicación de las normas reclamadas se emitió, en efecto, con arreglo a las mismas.

5. En el artículo 16, párrafos primero y octavo, el Constituyente, con el afán de asegurar de manera efectiva y en favor de los particulares la tutela de su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, estableció en que las órdenes de cateo, única y exclusivamente, debían ser dictadas por la autoridad judicial y, en concordancia con ello, estableció, además, diversos requisitos formales tendientes al sano ejercicio en su práctica.²⁰

6. Por otra parte, el artículo 16, párrafo décimo primero, a fin de realizar el cercioramiento relativo al acatamiento de las disposiciones fiscales, facultó a las autoridades administrativas a llevar a cabo visitas domiciliarias, cuya diligenciación se encuentra sujeta a las leyes correspondientes, así como a las satisfacción de los mismos presupuestos formales previstos para los cateos.

²⁰ Esta consideración aparece formulada en forma más precisa y clara en el texto de la tesis aislada que en la propia resolución; de ahí que haya seguido el texto de dicha tesis.

7. Acorde con lo anterior, el Tribunal Pleno sostuvo que es preciso distinguir la existencia de dos tipos de facultades, conferidas a sendos tipos diferentes de autoridades, pero concordantes en el aspecto procedimental, a saber: la práctica de cateos y la de visitas domiciliarias, actividades que deben entenderse en el sentido de comprender no sólo su ejecución física sino también el acto de ordenarlas; en el primer caso, sólo la autoridad judicial puede emitir dichas órdenes y, en el segundo, lo pueden hacer las autoridades administrativas.

8. Por tanto, dada la salvaguarda de la inviolabilidad del domicilio de los particulares, si una orden de cateo y su subsiguiente práctica no emanan de una autoridad judicial, serán contrarias al artículo 16, párrafo octavo, de la Constitución General de la República.

9. Por tanto, las leyes que faculten su práctica a autoridades diversas de la judicial, tales como las administrativas, resultan inconstitucionales, ya que estas últimas únicamente pueden efectuar visitas domiciliarias.

10. En consecuencia, los artículos 156 y 157 del Código Fiscal del Estado de Nuevo León resultan inconstitucionales, ya que autorizan a las autoridades administrativas dictar órdenes de cateo.

11. Lo anterior, no implica que se coarten las atribuciones de las autoridades administrativas para cerciorarse, aun en los domicilios de los particulares, que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía, así como para exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar las disposiciones fiscales, pues para ello el invocado artículo 16 constitucional les confiere la facultad de dictar órdenes de visitas domiciliarias.

3. Análisis de compatibilidad entre la sentencia mexicana y los estándares internacionales y conclusiones

a. Análisis de compatibilidad

La referida sentencia resulta compatible con los estándares internacionales aplicables, específicamente el derecho al respeto a la intimidad, familia, domicilio y

correspondencia, así como la protección de la honra y reputación establecido en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, correlativamente, en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En efecto, la sentencia resulta acorde con los indicados estándares internacionales, ya que el Tribunal Pleno, al interpretar lo dispuesto en el artículo 16, párrafos primero y octavo, constitucional, parámetro de control aplicable, sostuvo que el invocado artículo protege la inviolabilidad del domicilio del particular, como el más conocido asiento de su persona, familia, papeles y posesiones y, partiendo de esa premisa fundamental, estableció que las órdenes de cateo única y exclusivamente deben ser dictadas por la autoridad judicial, estableciendo además diversos requisitos formales tendientes al sano ejercicio de su práctica. Lo anterior encuadra con los estándares internacionales aplicables, ya que los mismos protegen el domicilio y la familia, entre otros bienes, de injerencias arbitrarias, ilegales o abusivas. En congruencia con lo anterior, una orden de cateo dictada por una autoridad administrativa en el marco de una ley, tanto en sentido formal como en sentido material, como ocurrió en el presente caso, puede calificar como una injerencia arbitraria.

b. Conclusiones

Conforme a lo expuesto, cabe inferir las siguientes conclusiones:

- 1) En la sentencia bajo análisis el Pleno de la Suprema Corte, en un amparo en revisión, al haber resultado fundados los agravios hechos valer, realizó un control concreto de la constitucionalidad de una ley local.
- 2) Determinó que las normas impugnadas resultan inconstitucionales, dado que contravienen el artículo 16 constitucional, conforme al cual las órdenes de cateo única y exclusivamente deben ser dictadas por la autoridad judicial, en tanto que las normas reclamadas conferían a las autoridades administrativas la facultad de dictar órdenes de cateo.
- 3) La resolución plenaria muestra que, no obstante que una intromisión al domicilio de una persona puede realizarse en el marco de una ley, tanto

en sentido formal como material, puede devenir en una injerencia arbitraria en términos de los estándares internacionales aplicables.

- 4) La resolución es compatible con los estándares internacionales aplicables.

III. INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS

1. Estándares internacionales en materia de derechos humanos

En adición a lo antes señalado al abordar lo relativo a los temas de las pruebas genéticas y cateos (*supra* I, 1 y II, 1), es preciso señalar que, en el presente contexto, cobran aplicación las siguientes observaciones del Comité de Derechos Humanos:²¹

Primera, debería prohibirse la vigilancia, electrónica o de otro tipo, la intervención de comunicación telefónica, telegráfica y de otro tipo, así como la escucha y grabación de conversaciones.

Segunda, los Estados partes tienen el deber de abstenerse de realizar injerencias incompatibles con el artículo 17 del Pacto y establecer el marco legislativo para prohibir la realización de tales actos por personas físicas y personas morales.

2. Análisis de la sentencia de la Suprema Corte

a. Antecedentes relevantes y hechos

En sesión de 11 de octubre de 2000, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, por unanimidad de cuatro votos, el amparo en revisión 2/2000, en el que determinó, primero, confirmar la sentencia recurrida en la materia de la revisión y, segundo, amparar y proteger a la quejosa contra el acto

²¹ Comentario General No. 16.

reclamado a la Primera Sala Regional Familiar de Toluca del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, consistente en la sentencia de la que derivó la admisión al tercero perjudicado de determinadas probanzas (en un juicio ordinario civil de divorcio necesario).

La importancia de la sentencia de la Segunda Sala es que exhumó, del párrafo noveno²²—en la actualidad párrafos doce, trece y quince—²³ del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos, el principio universal de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, oponible, tanto a las autoridades como particulares; al efecto, forjó el concepto de *ilícito constitucional*.

Como antecedentes relevantes del caso, es preciso señalar que la parte quejosa demandó el amparo en contra de la mencionada sentencia dictada por la

²² "Artículo 16.

[...]

Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

[...] [Énfasis añadido]

²³ "Artículo 16.

[...]

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

[...]

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

[]" [Énfasis añadido]

Primera Sala Regional Familiar de Toluca del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México. La parte quejosa estimó violadas, en su perjuicio, los derechos fundamentales consagrados en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En un primer momento, el Juez de origen desechó, de plano, la demanda de amparo por su manifiesta e indudable improcedencia, al estimar que la resolución reclamada, por la que se ordenaba se perfeccionaran las probanzas ofrecidas por el tercero perjudicado, mismas que el Juez natural no había admitido por considerar que no eran idóneas para el fin legal de la incidencia de tacha de testigos, no constituía un acto que irrogara al quejoso una violación que pudiese ser irreparable.

Inconforme con dicha resolución, la parte quejosa interpuso recurso de revisión, del que correspondió conocer al Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, el cual revocó la resolución impugnada y ordenó admitir a trámite la demanda de amparo.

En un segundo momento, el Juez de origen, previos los trámites legales respectivos, dictó sentencia en la que otorgó al quejoso la protección constitucional solicitada.

Inconforme con dicha determinación, la parte tercero perjudicada interpuso recurso de revisión, del cual tocó conocer al Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, el que admitió el recurso de revisión y resolvió carecer de competencia para conocer del mismo, razón por la cual ordenó remitir los autos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La Segunda Sala estimó infundados los argumentos hechos valer por la parte recurrente.

b. Consideraciones jurídicas

La Segunda Sala resolvió amparar y proteger a la quejosa contra la sentencia reclamada, en virtud –en síntesis–, de las siguientes consideraciones:

1. Al efecto, estimó necesario dilucidar las siguientes cuestiones: la primera: ¿cuál es el sentido y alcance de lo dispuesto en el artículo 16, en las porciones

normativas aplicables? La segunda: ¿el derecho a la privacidad de las comunicaciones solamente puede ser conculcado por una autoridad o constituir una ilicitud constitucional a cargo de los particulares?

1.1. En lo concerniente a la primera cuestión, para determinar el sentido y alcances del objeto normativo interpretativo la Segunda Sala adujo diversos argumentos interpretativos en los que empleó distintos criterios: el sistemático, el genético y el teleológico (aunque la Sala no fue explícita en invocarlos).

1.1.1. Dicha argumentación interpretativa le permitió establecer, entre otras, las siguientes conclusiones: el respeto al derecho a la privacidad encuentra su regulación general en la garantía de legalidad; la inviolabilidad de las comunicaciones que circulen por estafeta ha sido un derecho reconocido tanto en la Constitución mexicana de 1857 como en la vigente de 1917; y con la reforma de 1996 al artículo 16 constitucional, se estableció que toda "*comunicación privada es inviolable*" (énfasis en el original), así como que ese principio no es absoluto, ya que, con la última reforma, se establecieron excepciones al mismo, los requisitos para solicitar la intervención, las autoridades encargadas del requerimiento y autorización correspondiente (sólo la autoridad judicial federal), así como las materias que no pueden ser objeto de intervención (asuntos de naturaleza electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativa, así como las relativas a las del detenido con su defensor).

1.1.2. Las condicionantes a las que se sujetan las intervenciones autorizadas sirven al derecho de privacidad o intimidad de las personas.

1.1.3. Conforme al texto constitucional, los resultados de las intervenciones que no cumplan con los requisitos y límites previstos en las leyes carecerán de todo valor probatorio.

1.2. En lo referente a la segunda cuestión por dilucidar, la Segunda Sala, como se indicó, introdujo el concepto de *ilícito constitucional*, que definió en los siguientes términos: "existe ante la omisión de los actos ordenados o la ejecución de

los actos prohibidos por la Constitución", en el entendido de que el ilícito constitucional entraña una violación de un mandato constitucional, el cual puede ser o no una garantía.²⁴

1.2.1. Ahora, la cuestión de determinar si los particulares pueden cometer o no un ilícito constitucional, depende de:

1.2.2. Si del sentido normativo del texto constitucional se desprenden "principios universales" dirigidos tanto a las autoridades como a los particulares.

1.2.3. La respuesta es que sí, ya que diversos artículos constitucionales, como el 2o. (prohibición de la esclavitud), 4o. (los deberes de los padres en relación con los derechos de sus niños), 27 (límites a la propiedad privada) y 31 (obligaciones de los mexicanos de hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas públicas o privadas), imponen un deber de hacer o no hacer a los particulares.

1.2.4. Por tanto, los deberes previstos en la Constitución vinculan tanto a las autoridades como a los particulares, toda vez que tanto unos como otros pueden ser sujetos activos en la comisión del ilícito constitucional, con independencia del procedimiento que se prevea para el resarcimiento correspondiente.

2. Por consiguiente, cuando un particular realiza la intervención de alguna comunicación privada, la misma entraña una ilicitud constitucional, toda vez que la primera parte del párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución establece como principio universal que las comunicaciones privadas son inviolables, lo que implica que ni la autoridad ni los particulares pueden intervenir una comunicación, salvo en los casos y con las condiciones que respecto a las autoridades establece la propia norma invocada.

3. En el caso individual, la resolución por la cual en el juicio ordinario civil se admitieron las pruebas consistentes en cintas de audio que contienen conversa-

²⁴ Considerando cuarto.

ciones telefónicas entre la demandada (parte quejosa) y una testigo –resolución que constituye el acto reclamado en el juicio de amparo materia de la revisión– vulnera el principio de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, en perjuicio de la parte quejosa, por lo siguiente:

3.1. Dado que la grabación de que se trata se obtuvo mediante la intervención de una comunicación privada fuera de los casos y requisitos constitucionales, tal conducta entraña un ilícito constitucional.

3.2. Por tanto, esa grabación no puede ser admitida y valorada como prueba por la autoridad, ya que la misma no es admisible de acuerdo con la legislación adjetiva aplicable que impide la admisión de pruebas contrarias a derecho.

3. Análisis de compatibilidad entre la sentencia mexicana y los estándares internacionales y conclusiones

a. Análisis de compatibilidad

La sentencia antes reseñada es compatible con los estándares internacionales, en particular con el derecho a la privacidad o intimidad consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, toda vez que, primero, reconoce el principio de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, reconocible en ese derecho humano, y, segundo, al establecer que es oponible tanto a las autoridades como a los particulares, es acorde con el comentario del Comité de Derechos Humanos en el sentido de que los Estados Partes tienen el deber de abstenerse de realizar injerencias incompatibles con el artículo 17 del Pacto y establecer el marco legislativo para prohibir la realización de tales actos por personas físicas y personas morales. Lo anterior es así, porque en la sentencia, mediante el concepto de ilicitud constitucional, se reconoció que tanto las autoridades como los particulares tienen el deber, correlativo, de respetar el principio de inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

b. Conclusiones

Acorde con lo expuesto, cabe establecer las siguientes conclusiones:

- 1) La resolución de la Segunda Sala no se detuvo en el texto constitucional, sino que realizó un ejercicio interpretativo de las disposiciones constitucionales.
- 2) Esa argumentación interpretativa le permitió reconocer que el principio constitucional de inviolabilidad de las comunicaciones privadas no es un principio absoluto, sino que tiene excepciones y que existen ilícitos constitucionales.
- 3) La sentencia permite advertir la estrecha vinculación existente entre ese principio y el derecho a la intimidad o privacidad.
- 4) El concepto de ilícito constitucional tiene el mérito de que refuerza el valor normativo de la Constitución, vinculante para los poderes públicos y los particulares; es un concepto fructífero y puede ser de gran utilidad en el análisis constitucional y, por tanto, en la tutela de los derechos humanos.



*Derecho a la intimidad,
honra y dignidad: coalición
con la libertad de expresión*

LAURA GARCÍA VELASCO*

I. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA INTIMIDAD, HONRA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Referente a la libertad de expresión, y a los derechos a la intimidad y honra, encontramos por un lado, tratados o instrumentos internacionales, que reconocen dichos derechos y, por otro, observaciones o resoluciones de organismos internacionales, así como jurisprudencia o resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que se han ocupado sobre el alcance y protección de dichos derechos; aunado a ello, si bien para el caso de México no constituyen, propiamente, un estándar internacional obligatorio, no podemos dejar de lado otras experiencias de derecho comparado que innegablemente pueden ser utilizadas por los Jueces, al momento de resolver algún conflicto respecto de la protección de los derechos humanos, como son las sentencias emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que inclusive ha retomado el sistema interamericano,

o bien, la jurisprudencia emitida por Cortes o tribunales de otros países, y que, como referiremos más adelante, se tomaron en cuenta por la Corte mexicana al resolver los dos juicios de amparo que analizaremos en este artículo.

De esta manera, en ese orden aludiremos a tales documentos internacionales, con el objeto de conocer primero estos estándares y, a partir de ahí, tener los elementos necesarios para examinar dos sentencias de la Corte mexicana en que se ha dado solución ante la coalición de los derechos a la intimidad y honra con la libertad de expresión, que, en esos casos concretos, se presentaba, y establecer si dicha solución se corresponde con aquellos estándares internacionales.

Tratándose de la libertad de expresión, vida privada y honor, encontramos los siguientes tratados u observaciones internacionales:

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Artículo 12

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Artículo 19

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir

informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

(...)

Comité de Derechos Humanos (ONU):

Caso Coriel *vs.* Países Bajos

(...)

10.2. La primera cuestión que debe determinar el Comité es si el artículo 17 del Pacto protege el derecho a elegir el propio apellido y a cambiar de apellido. El Comité observa que el artículo 17 prevé, entre otras cosas, que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia. *El Comité considera que la noción de vida privada se refiere a la esfera de la vida de una persona en la que ésta puede expresar libremente su identidad, ya sea en sus relaciones con los demás o sola.* El Comité considera que el apellido constituye un componente importante de la identidad de una persona y que la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada incluye la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en el derecho a elegir el propio apellido y a cambiar

de apellido. Por ejemplo, si un Estado obligara a los extranjeros a cambiar de apellido, ello constituiría una injerencia que violaría el artículo 17. Se plantea la cuestión de si la negativa de las autoridades a autorizar un cambio de apellido no supera también el límite de las injerencias permitidas en el sentido del artículo 17.

(...)

Caso Adimayo M. Aduayom y otros *vs.* Togo. Comunicación No. 423/1990

(...)

7.4. En lo que respecta a la denuncia con arreglo al artículo 19 del Pacto, el Comité observa que no se ha impugnado el hecho de que los autores fueron procesados en primer lugar y que ulteriormente no fueron reintegrados a sus puestos, entre 1986 y 1991, entre otras cosas, por haber leído y difundido, respectivamente, información y material críticos del Gobierno del Togo en el poder y del sistema de gobierno en el Togo. El Comité observa que *las libertades de información y de expresión son piedras angulares de toda sociedad libre y democrática. Es inherente a la esencia de esas sociedades que sus ciudadanos puedan informarse sobre sistemas y partidos políticos distintos a los que están en el poder y criticar o evaluar abiertamente y en público a sus gobiernos sin temor a ser objeto de interferencia o de castigos, dentro de los límites establecidos en el párrafo 3 del artículo 19.* Sobre la base de la información que obra en el poder del Comité, parecería que los autores no fueron integrados a los puestos que ocupaban antes de su detención a causa de esas actividades. El Estado parte apoya implícitamente esa conclusión cuando tipifica las actividades de los autores como ‘delitos políticos’, que caen en el ámbito de la aplicación de la Ley de amnistía de 11 de abril de 1991, además, no hay indicaciones de que las actividades de los autores hayan representado una amenaza a los derechos y a la reputación de terceras personas, a la seguridad social o al orden público (párrafo 3 del artículo 19). Habida cuenta de las circunstancias, el Comité determina que se ha violado el artículo 19 del Pacto.

Observación general No. 10, referida al artículo 19 el Pacto Internacional de Derechos Civiles, en la que el Comité de Derechos Humanos de la ONU, señala que las restricciones a la libertad de expresión deben cumplir determinados requi-

sitos, a saber: estar previstas en ley e invocar únicamente las razones establecidas en los incisos a) y b) del artículo 19 de Pacto: tener por finalidad la protección de la seguridad nacional, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades de los demás, y, además, justificarse estrictamente como necesarias en una sociedad democrática. Para el citado Comité, tales restricciones no podrán, en modo alguno, poner en peligro ese derecho, en sí mismo.

Observación General No. 16 Derecho al respeto a la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia, y protección de la honra y la reputación (artículo 17)

1. En el artículo 17 se prevé el derecho de toda persona a ser protegida respecto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, así como de ataques ilegales a su honra y reputación. A juicio del Comité, este derecho debe estar garantizado respecto de todas esas injerencias y ataques, provengan de las autoridades estatales o de personas físicas o jurídicas. Las obligaciones impuestas por este artículo exigen que el Estado adopte medidas legislativas y de otra índole para hacer efectivas la prohibición de esas injerencias y ataques y la protección de este derecho.

(...)

3. El término "ilegales" significa que no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la ley. La injerencia autorizada por los Estados sólo puede tener lugar en virtud de la ley, que a su vez debe conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto.

4. La expresión "injerencias arbitrarias" atañe también a la protección del derecho previsto en el artículo 17. A juicio del Comité, la expresión "injerencias arbitrarias" puede hacerse extensiva también a las injerencias previstas en la ley. Con la introducción del concepto de arbitrariedad se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso.

(...)

7. Como todas las personas viven en sociedad, la protección de la vida privada es por necesidad relativa. Sin embargo, las autoridades públicas competentes sólo deben pedir aquella información relativa a la vida privada de las personas cuyo conocimiento resulte indispensable para los intereses de la sociedad en el sentido que tienen con arreglo al Pacto. En consecuencia, el Comité recomienda que los Estados señalen en sus informes las leyes y reglamentos que regulan las injerencias autorizadas en la vida privada.

(...)

11. El artículo 17 garantiza la protección de la honra y la reputación de las personas y los Estados tienen la obligación de sancionar legislación apropiada a ese efecto. También se deben proporcionar medios para que toda persona pueda protegerse eficazmente contra los ataques ilegales que puedan producirse y para que pueda disponer de un recurso eficaz contra los responsables de esos ataques. Los Estados Partes deben indicar en sus informes en qué medida se protegen por ley el honor o la reputación de las personas y cómo se logra esa protección con arreglo a sus respectivos sistemas jurídicos.

Respecto de la jurisprudencia comparada, importa para nuestro análisis, la siguiente:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004; *Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001; "*La última tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y otros*) *vs. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001; *Kimel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008; *Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004; *Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006; *Tristán Donoso vs. Paraguay*, sentencia de 27 de enero de 2009. De los que destaca en lo que nos interesa que, en forma reiterada, la Corte Interamericana ha establecido los alcances y límites de la libertad de pensamiento y de expresión que reconoce el artículo 13 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, señalando que tales libertades implican el derecho y la libertad

de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, por lo que tienen una doble dimensión: individual, en tanto que ninguna persona debe sufrir arbitrariamente restricciones para manifestar sus ideas, y una vertiente social, en cuanto la sociedad tiene el derecho de recibir cualquier información y conocer el pensamiento ajeno, que hacen de la libertad de expresión un elemento indispensable para la democracia, al contribuir a la formación de la opinión pública. Por tanto, la libertad de expresión no sólo implica la protección de manifestar ideas inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también las que "chocan, irritan o inquietan" a los funcionarios públicos o a cualquier sector de la población.

En esa medida, la Corte Interamericana señaló que los medios de comunicación y el periodismo son esenciales como "vehículo" para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática; acotando que si bien, como todo derecho fundamental, no es absoluto, las restricciones que se le fijen no deben limitar más de lo estrictamente necesario la libertad de expresión (estricta proporcionalidad), por ende, no deben constituir una previa censura, sino sólo la aplicación de posteriores responsabilidades, siempre que estas últimas, en correspondencia con el citado artículo 13 de la Convención, se cumplan los siguientes requisitos: estar expresamente previstas en ley; destinarse a la protección de los derechos o de la reputación de los demás, o bien, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública, y ser necesarias en una sociedad democrática.

Además, la Corte IDH, siguiendo a la Corte Europea de Derechos Humanos, puntualizó que los límites permisibles sobre la libertad de expresión son distintos cuando se trata de un particular o de una persona pública; así, son menores los límites a las opiniones y críticas respecto de funcionarios públicos, políticos o instituciones estatales, al existir un interés comunitario sobre los asuntos públicos o políticos (escrutinio intenso), esencial para la democracia. En estos casos, se debe aplicar un umbral de protección diferente, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público de sus actividades o actuaciones. Aclara la Corte Interamericana que ello no significa que los personajes públicos no estén protegidos en su honor y vida privada, sino que en algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros, a salva-

guardar los segundos, determinando si la restricción de la libertad de expresión responde a la satisfacción de un interés público imperativo.

La Corte IDH advierte que el uso de la vía civil o penal, para establecer ulteriores responsabilidades o sanciones, al ejercicio de la libertad de expresión, permitido por la Convención, debe ser objeto de una cuidadosa ponderación, siendo relevante para ello, el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática.

Por consiguiente, la Corte delimita que para evaluar una supuesta restricción a la libertad de expresión, el juzgador no debe limitarse a estudiar el acto de que se trate, sino a examinarlo en conjunto con los hechos y contexto en los que éstos se dieron.

Lo anterior, también se señala por la Corte IDH en la *Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 "La colegiación obligatoria de periodistas"* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por el Gobierno de Costa Rica.

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo)

Casos *Thoma vs. Luxemburgo*, sentencia de 29 de marzo de 2001; *Feldek vs. Slovakia*, sentencia de 12 de julio de 2001; *Súrek y Ozdemir vs. Turquía*, sentencia de 8 de julio de 1999; *Dichand y otros vs. Austria*, sentencia de 26 de febrero de 2002; *Lingens vs. Austria*, sentencia de 8 de julio de 1986; *Handsyde vs. Reino Unido* 1976; *Hannover vs. Alemania*, sentencia de 24 de junio de 2004. Se desprende de estos precedentes, la evolución de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, conforme a la cual ha establecido que la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, e implica no sólo juicios de valor o informaciones moderadas, favorables o neutras, sino también aquellas que molesten o incomoden, como expresiones del pluralismo, la tolerancia y la apertura de una sociedad democrática; que los límites de la crítica permisible son más amplios respecto del gobierno que respecto de un ciudadano en lo individual, e incluso de un político, pues en un sistema democrático las acciones u omisiones del gobernó deben estar sujetas a un estricto escrutinio y, además, la posición

dominante del gobierno hace que éste se limite al recurrir a procesos penales, particularmente en casos en que hay otros medios para responder a injustificados ataques y críticas de sus adversarios, por lo que si bien pueden utilizarse medidas legales de naturaleza penal, ello debe ser proporcional; distinguiendo también que los límites de la crítica son más amplios cuando se trata de un político que para el caso de un particular, pues el primero se expone voluntariamente a una fiscalización de sus actos, por lo que debe ser más tolerante, por lo que si bien el político también disfruta de protección, ésta debe equilibrarse con los intereses del libre debate público. Establece que debe distinguirse entre hechos y juicios de valor, pues mientras los primeros pueden probarse no así los segundos y, por tanto, la exigencia legal de probar la veracidad de juicios de valor constituye una afectación a la libertad de expresión. Igualmente para el Tribunal debe distinguirse entre la necesidad de narrar hechos aun controvertidos, que contribuyan al debate público y narrar hechos de la vida privada de una persona que no ejerce funciones oficiales, aun cuando sea conocida ampliamente, y que sólo satisfacen la curiosidad de ciertos lectores. De esta manera, para el Tribunal el factor decisivo de ponderación para la protección de la vida privada y la libertad de expresión, recae en que lo publicado contribuya a un debate de interés general.

- Jurisprudencia de otros países

Si bien, como ya hemos precisado, estos precedentes, al ser locales, no conforman un estándar a seguir por los demás Jueces, es un hecho irrefutable que el conocer la experiencia en derecho comparado es un instrumento que apoya en gran medida la labor judicial, al advertir cómo en otros países se da solución en casos de ponderación, similares a los que más adelante analizaremos de la Corte mexicana. Así, sobre todo en la segunda de las sentencias mexicanas, se tomó en cuenta la experiencia de España, al tratarse de un país que ha integrado jurisprudencia relevante sobre los derechos humanos en cuestión, y su protección tratándose de personas públicas, a través de la cual, reiteradamente, el Tribunal Constitucional Español ha afirmado que si la información no tiene interés público y viola la intimidad, puede ser considerada como una intromisión ilegítima, a pesar de la notoriedad de la persona. Si bien dicho Tribunal parte de la premisa de que las personas públicas no se equiparan totalmente a las privadas y, por ende, aquéllas han de

sufrir, en mayor medida que estas últimas, intromisiones en su vida privada o una reducción de su esfera de intimidad, también ha distinguido que "mayores intromisiones" no significa privarles de sus derechos, pues la Constitución española no legitima esa privación y, por tanto, ese personaje puede hacer valer su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen frente a opiniones, críticas o informaciones lesivas. En esa medida, el tribunal constitucional español ha establecido que tratándose de personas privadas, la intromisión a su vida privada, honor y propia imagen, debe medirse en forma distinta, esto es, no se trata de que por el hecho de tener ese carácter en ningún caso podrán sufrir algún tipo de intromisión en su vida privada, dado que ningún derecho fundamental es absoluto, sino que serán menores que las que deben soportar las personas públicas. Tales criterios se contienen en las sentencias SCT 197/1991 (*caso Tous-Montiel*), STC 115/2000 (*caso Preysler*), SCT 134/1999, SCT 197/1991, SCT 20/1992, SCT 185/2002 y SCT 127/2003.

De igual manera, respecto del *interés público*, para la jurisprudencia y doctrina españolas es la relevancia comunitaria lo que puede justificar la exigencia de que se soporten molestias ocasionadas por la difusión de una noticia, (SCT 232/1993), más no la curiosidad o el interés morboso, que en modo alguno contribuyen a formar una opinión pública (STS, 1a. 9 marzo 2006 y SCT 185/2002). Y por lo que se refiere al denominado derecho de réplica o posibilidad de réplica que tienen las personas públicas, precisamente por su propia condición como tales, y del que no gozan las personas privadas, o al menos, no con la misma amplitud y accesibilidad, la jurisprudencia española ha sentado que el derecho de réplica no tiene relevancia cuando se trata de reparar la intimidad violada, pues en realidad no *repara* la intromisión sufrida, a diferencia de lo que ocurre respecto de la vulneración al derecho al honor; ya que no se responde por las falsedades de lo publicado, sino precisamente por decir la verdad. En consecuencia, en dicha jurisprudencia se ha reiterado que es irrelevante la veracidad de la información, si ésta transgrede el límite del derecho a la intimidad, pues, el hecho de tener posibilidad de réplica, relatando su propia versión, sólo incita a que se continúe hablando del tema, pero sin que, la intromisión indebida en la vida privada de la persona, pueda repararse (*caso Tous-Montiel*, SCT 197/1991, ya mencionado, SCT 232/1993 y SCT 134/1999).

Otro precedente importante, es el caso *Naomi Campbell vs. MGN Ltd*, a partir del cual se reconoce un auténtico derecho a la intimidad en el Reino Unido. Sentencia en la que, la Cámara de los Lores, a través de la utilización de la institución de la vulneración de confianza (*breach of confidence*) y la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, incorporado a ese país mediante la *Human Rights Act* de 1998, concluye que los detalles sobre la terapia que la modelo recibía de Narcóticos Anónimos fueron análogos a los detalles sobre la condición médica o su tratamiento, y constituyen información privada que supone un deber de reserva; señalando que a pesar del peso que debe darse a la libre expresión que la prensa necesita para jugar su papel de forma efectiva, se vulneró el derecho a la intimidad de la recurrente, sin justificación.

Finalmente, no pueden dejarse de lado, las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Estados Unidos de América, que guardan relación con nuestra problemática. Un primer precedente que sentó uno de los criterios más relevantes tratándose de libertad de expresión, es el caso *New York Times vs. Sullivan* (1964), en el que se estableció que, de acuerdo con la Primera Enmienda (que garantiza la plena libertad de expresión), la Constitución estadounidense protege todo tipo de afirmación, aun aquellas que resulten falsas, en torno al desempeño de cualquier funcionario público. Señalándose que la defensa de la libertad de expresión debe prevalecer en los juicios por difamación incoados contra la prensa por cualquier funcionario, en el desempeño de su trabajo, pues la protección de la reputación personal no debe inhibir o coartar el escrutinio público. Con la única excepción de aquellos asertos adelantados maliciosamente, es decir, a conciencia de su falsedad o con claro desprecio de su veracidad o falsedad (malicia real). Empero, aun cuando se trate de estos casos, la Corte Suprema norteamericana ratificó la doctrina del derecho anglosajón de circunscribirlos a la jurisdicción civil y no a la penal. Es una resolución histórica que, incluso, derivó en que varios países despenalizaran los denominados delitos contra la honra, y ha sido retomada por diversos tribunales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el citado caso *Lingens*. También existen otros casos norteamericanos que han sentado criterios importantes para la resolución de conflictos en los que se implica la libertad de expresión y el derecho a la información: *Curtis Publishing vs. Butts* (1972), *Associated Press vs. Walker* de 1967) y *Gertz vs. Robert Welch Inc.* (1974), en los que ha sido objeto de pronunciamiento si la libre expresión y el derecho a la información, pueden dar lugar a la reparación del daño por la circulación de false-

dades difamantes, para lo cual, según la Corte Suprema, debe atenderse al elemento subjetivo (funcionario público, personaje público o particular), y al elemento de la conducta racional o irracional, que constituya un alejamiento extremo de los estándares de investigación y reportaje que siguen las publicaciones o ediciones responsables (deber de cuidado).

II. SENTENCIAS DE LA CORTE MEXICANA

1. Amparo directo en revisión 2044/2008

a. Hechos

Con motivo de la publicación en un periódico estatal, de una entrevista realizada a un servidor público, en la que éste hizo manifestaciones sobre las actividades que tuvo que realizar durante el tiempo que prestó sus servicios como chofer de un Presidente Municipal, este último presentó una denuncia penal en contra del director del periódico en cuestión, por considerar que lo declarado en aquella nota era mentira, y le causaba deshonor, descrédito y perjuicio como funcionario público. El agente del Ministerio Público que conoció de la citada denuncia penal determinó que el director del periódico era probable responsable de la comisión del delito de ataques a la vida privada y consignó la averiguación previa ante el Juzgado Penal correspondiente. Seguido el proceso penal, la Juez dictó sentencia en la cual, entre otras cosas, determinó que el director del periódico era penalmente responsable de la comisión del delito de ataques a la vida privada, imponiéndole una pena privativa de libertad de tres años, un mes y quince días, negándole los beneficios de condena condicional y conmutación de sanciones, pero concediéndole el sustitutivo de pena consistente en trabajo en favor de la comunidad. En contra de dicha resolución, el director del periódico y su defensor presentaron apelación, que fue resuelta en el sentido de modificar la sentencia de primera instancia sólo en lo concerniente a la reparación del daño.

Es, en contra de esta última sentencia, que el director del periódico promovió el juicio de amparo directo –que analizamos–, haciendo valer como derechos constitucionales violados los previstos en los artículos 14, 16, 20, 6o. y 7o. de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Tribunal Colegiado en Materia Penal al que tocó conocer de dicho amparo, dictó sentencia, negando el amparo solicitado. Inconforme con dicha resolución, el quejoso interpuso recurso de revisión, del que tocó conocer a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que revocó dicha resolución y concedió el amparo.

b. Consideraciones relevantes

Para la solución del amparo que comentamos, la Primera Sala de la Corte mexicana, se ocupa, primero, del contenido general del derecho a la vida privada y de los demás derechos que en el caso entraban en conflicto con aquél —el derecho a la información y la libertad de expresión—, para, a partir de ello, pronunciarse acerca de lo que debe ser medido y ponderado en este tipo de conflicto de derechos.

En esa línea, la Corte señala que el derecho a la vida privada está reconocido y protegido en declaraciones y tratados de derechos humanos que vinculan a México, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 16). Desarrollando cómo han interpretado estas disposiciones diversos organismos internacionales, así como la jurisprudencia nacional, para, a partir de ahí, establecer que el derecho a la vida privada "*implica poder conducir parte de la vida de uno protegido de la mirada y las injerencias de los demás, y guarda conexiones de variado tipo con pretensiones más concretas que las constituciones actuales reconocen a veces como derechos conexos: ..el derecho al honor o reputación, ...*". Señalando, además, que el contenido de la vida privada puede variar, legítima y normalmente, por motivos internos y externos. Entendiéndose por los primeros, el comportamiento de los titulares del derecho, es decir, la forma en que modulan el alcance del mismo, por ejemplo, si comparten con la opinión pública, con los medios de comunicación o con un círculo amplio de personas, cierta información que en el caso de otros sujetos se inscriben en un ámbito que desean resguardar del conocimiento ajeno. En el primer supuesto, disminuye la extensión de lo que de inicio podría considerarse inscrito en el ámbito del derecho a la privacidad. La variabilidad externa alude a la diferencia normal y esperada entre el contenido *prima*

facie de los derechos fundamentales y la protección apunten en dirección distinta e incluso, opuesta, a las que derivan de su contenido normativo. Por tanto, en cada caso concreto deberá medirse cuál pretensión deberá prevalecer.

La Sala se ocupa, entonces, de interpretar los otros derechos fundamentales que en el caso concreto se encontraban en juego –libertad de expresión y derecho a la información–. Estableciendo, al efecto, que son dos derechos funcionalmente esenciales en un Estado constitucional de derecho, y que tienen una doble faceta: por un lado, aseguran a las personas espacios esenciales para desplegar su autonomía individual y que deben ser protegidos por el Estado y, por el otro, gozan de una vertiente pública, colectiva o institucional, que los hace piezas centrales de la democracia representativa. Es decir, garantizan la libertad de las personas de manifestarse libremente, pero además de recibir cualquier información.

Para la Primera Sala, la función colectiva de la libertad de expresión y del derecho a la información, y sus rasgos específicos –que desarrolla en su sentencia–, se deben tener en cuenta, cuando tales libertades entran en conflicto con otros derechos, sobre todo los denominados "derechos de la personalidad", como son los derechos a la intimidad y al honor. Señalando, además, que existen reglas específicas en el derecho comparado que permiten resolver los conflictos de este tipo, entre ellas la relativa a que las personas que desempeñan o han desempeñado cargos públicos, o los candidatos a desempeñarlos, tienen un derecho a la intimidad y al honor con menos resistencia normativa general que el que asiste a los ciudadanos ordinarios frente a la actuación de los medios de comunicación en ejercicio de los derechos a expresarse e informar. Ello, porque el tipo de actividades que han decidido realizar, exige un escrutinio público intenso de las mismas, del que deriva un interés público sobre la difusión y conocimiento general de datos que, pudiendo ser privados en otros casos, es deseable conocer por la ciudadanía para estar en posibilidad de juzgar la actuación de los primeros, como funcionarios públicos.

De igual manera, tratándose de la protección del derecho al honor, la Primera Sala establece que es de menor resistencia en un funcionario público, al exponerse voluntariamente al escrutinio de la sociedad y existir un amplio control ciudadano de sus funciones, lo que deriva en que tenga un mayor riesgo de ser

afectado en su honor, pero también que, a diferencia de las demás personas, cuenta con una mayor facilidad de acceso a los medios de comunicación para responder sobre las opiniones, críticas o manifestaciones que sobre su persona se hagan. En razón de lo anterior, la Corte establece que, para que la exigencia de responsabilidades posteriores por la emisión de opiniones que se aleguen invasoras del derecho al honor de funcionarios públicos, constituya una reacción jurídica necesaria, idónea y proporcional, deben satisfacerse, al menos, las siguientes condiciones: cobertura legal y redacción clara; intención específica o negligencia patente; materialidad y acreditación del daño; doble juego de la *exceptio veritatis*; gradación de medios de exigencia de responsabilidad y minimización de las restricciones indirectas.

c. Conclusiones de la Corte

Bajo lo anteriores parámetros, la Sala examina el caso concreto, y determina conceder el amparo al director del periódico, con base en lo siguiente:

- El Tribunal Colegiado debió realizar una interpretación integral de la entrevista publicada, que atendiera a la totalidad de su contenido, a su contexto, propósito general y modo de presentación.
- Partiendo de que la protección de la intimidad y el honor de las personas que ocupan o han ocupado cargos de responsabilidad pública es siempre menos extenso que lo habitual, entonces, en el caso concreto, aun cuando el tribunal hubiera llegado a la conclusión de que podía hablarse de una afectación *prima facie* a los derechos de la personalidad del Presidente Municipal, debió haber señalado que tal afectación, podía quedar jurídicamente justificada por la necesidad de ponderar las exigencias en sentido opuesto de los otros derechos fundamentales en juego.
- La condición de ser funcionario público, o de haberlo sido en el pasado, otorga a quienes se consideren afectados por ciertas informaciones u opiniones, posibilidades de acceder a los medios de comunicación y reaccionar a expresiones o informaciones que los involucren, muy por encima de las que tienen habitualmente los ciudadanos medios y, por ende, debió

haberse considerado la posibilidad de que la entrevista periodística en cuestión constituyera, precisamente, el ejercicio por parte del citado chofer del derecho a replicar a las manifestaciones y actuaciones previas del Presidente Municipal.

- El Tribunal responsable debió evaluar los hechos, tomando en cuenta que la democracia exige conocimiento y escrutinio constante de las acciones y omisiones de los funcionarios del Estado, y que el umbral de intensidad de crítica y debate al que deben estar expuestos personas como la que era objeto de referencia en la nota periodística analizada, es un umbral muy alto, no fácil de traspasar por razones que abran la puerta a la imputación de responsabilidades civiles o penales; y
- Establece la imposibilidad de aplicar la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato al caso concreto, por representar una norma de limitación de derechos innecesaria y desproporcionada, que hacía imposible evaluar jurídicamente los hechos del caso de conformidad con los estándares que previamente fijó la Sala.

2. Amparo directo 6/2009

a. Hechos

El juicio de amparo fue promovido por una persona física que, en la vía ordinaria civil, había demandado el pago de una indemnización por daño moral por parte de una editorial que publica semanalmente una revista de información y análisis político y de la autora de un artículo publicado en esa revista, en el que se relataban aspectos relativos a la vida privada de la promovente del amparo.

En la sentencia de primera instancia, el Juez civil condenó a las demandadas al pago de una indemnización económica por daño moral, derivado de lo que estimó una violación al derecho al honor de la demandante, así como para que las demandadas, de manera conjunta y solidaria, pagaran la publicación, en la misma revista, de un extracto representativo de la sentencia, en condiciones que le otor-

garan la misma relevancia que tuvo en su día la difusión del artículo que había motivado la interposición del juicio civil. Las demandadas apelaron dicha resolución, cuya sentencia declaró fundada la apelación interpuesta por la editorial y parcialmente fundada la interpuesta por la autora del artículo. Esto es, absolvió a la primera de todas y cada una de las prestaciones que se le habían reclamado en el escrito inicial de demanda; y, en cuanto a la segunda, la Sala modificó la sentencia recurrida para fijar la indemnización a la que había sido condenada en un monto menor al señalado por el *a quo*, y ordenándole publicar a costa de la periodista, en determinado periódico de circulación nacional, un fragmento representativo del contenido de la sentencia de apelación.

Es en contra de esta última sentencia que la actora en el juicio civil promovió el amparo directo que ahora nos ocupa, por estimar que la sentencia civil violaba diversos derechos fundamentales que garantiza la Constitución mexicana, partiendo de que en su demanda civil formuló peticiones tanto respecto de la periodista, como de la editorial, y si bien dicha sentencia condenó a la primera, se abstiene por el contrario de declarar que la segunda ejerció irresponsablemente el periodismo y le causó un daño moral, absolviéndola indebidamente de las prestaciones reclamadas. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, vía facultad de atracción, conoció de dicho amparo, en el que dictó sentencia, negándolo.

Debemos aclarar que en esta sentencia, la Primera Sala sólo se ocupó de lo referente a la actuación de la editorial demandada, más no respecto de la autora del artículo materia de la litis, dado que ese aspecto no era objeto del juicio de amparo que se analiza en este ensayo, sino de uno diverso (Amparo directo 12/2009), que fue declarado improcedente por la misma Sala.

b. Consideraciones relevantes

La Primera Sala reitera la interpretación de los derechos humanos en juego, que realizó en el anterior caso que comentamos (Amparo directo en revisión 2044/2008), al tratarse también de un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la información, frente a los derechos de la personalidad, en este caso, concreta-

mente, respecto del derecho a la vida privada; pero, advirtiendo que, en este nuevo juicio, se presentaba una situación particular, porque quien alegaba la vulneración a su derecho a la vida privada, no era una persona que, cuando se efectuó la publicación enjuiciada, ostentara un cargo de servidor público, como tampoco se colocaba en el discurso político o electoral, que fueron los supuestos a los que se refirió concretamente en el primer amparo, sino que se trataba de una persona que en el momento de la publicación de la nota periodística, era cónyuge del entonces Presidente de la República Mexicana, lo que requería, entonces, que la Corte delimitara –en complemento a lo ya determinado en el citado amparo directo en revisión 2044/2008– cómo opera la ponderación entre los mencionados derechos fundamentales tratándose de personajes de notoriedad pública, por circunstancias que pueden ser de índole personal o familiar, social, cultural, artística, deportiva, etcétera, que las hace públicamente conocidas o de notoriedad pública –"personajes públicos"–, a diferencia de las personas privadas, para, de ahí, resolver el conflicto.

Para ello, la Corte se apoyó en la experiencia del derecho comparado, aludiendo a jurisprudencia de diversos tribunales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos *Handyside vs. Reino Unido*, *Lingens vs. Austria*, 1986 y *Hannover vs. Alemania*, 2004), así como los precedentes citados en el primer apartado de este ensayo, dictados por España, Reino Unido y Estados Unidos de América.

A partir de este examen de derecho comparado y, de manera complementaria a lo establecido en el citado precedente A.D.R. 2044/2008, la Primera Sala establece cuáles deben ser los parámetros que servirán para, en un ejercicio de ponderación, resolver un caso en el que se encuentren en conflicto la libertad de expresión y el derecho de información, frente al derecho a la intimidad, sea que se trate de personajes públicos o de personas privadas:

- Las personas públicas o notoriamente conocidas, son aquellas que, por circunstancias sociales, familiares, artísticas, deportivas, o bien, porque ellas mismas han difundido hechos y acontecimientos de su vida privada, tienen proyección o notoriedad en una comunidad y, por ende, se someten volun-

tariamente al riesgo de que sus actividades o su vida privada sean objeto de mayor difusión, y deben soportar un mayor nivel de injerencia en su intimidad, a diferencia de las personas privadas o simples particulares. De esta manera, existe un interés legítimo de la sociedad de recibir información sobre ese personaje público y, por ende, de los medios de comunicación social, de difundirla, en aras del libre debate público.

- En esa medida, se someten al riesgo de que tanto su actividad, como información personal, sea difundida y, por tanto, a la opinión y crítica de terceros, incluso aquella que pueda ser molesta, incómoda e hiriente.
- Sin embargo, tanto las personas públicas como las privadas, se encuentran protegidas constitucionalmente en cuanto a su intimidad o vida privada, por lo que, las primeras, como cualquier particular, podrán hacer valer su derecho a la intimidad, frente a las opiniones, críticas o informaciones que consideren lesivas de aquél, y cuya solución ameritará que el juez realice un ejercicio de ponderación entre cuál derecho tiene un plus de protección en cada caso.
- En este ejercicio ponderativo, es el interés público que tengan los hechos o datos publicados, el concepto legitimador de las intromisiones en la intimidad, es decir, el derecho a la intimidad debe ceder a favor del derecho de los demás a comunicar y recibir información o de la libertad de expresión de otros (emitir opiniones, críticas o juicios de valor sobre su conducta), cuando puedan tener relevancia pública, al ser el ejercicio de dichos derechos la base de una opinión pública libre y abierta, en una sociedad democrática.
- La noción de *interés público*, no es sinónimo de *interés del público*, por tanto, la curiosidad o el interés morboso no encuentran cabida, sino la relevancia pública de lo informado, es decir, que se trate de asuntos de interés general; por ende, no es exigible a una persona que soporte pasivamente la difusión periodística de datos tan relevantes sobre su vida privada, cuando su conocimiento es trivial e indiferente para el interés o debate público.
- La información puede tener relevancia pública ya sea por el hecho en sí sobre el que se está informando o bien, por la propia persona sobre la que versa la noticia.
- La relevancia pública dependerá en todo caso de situaciones históricas, políticas, económicas, sociales, que, ante su variabilidad, se actualizará en cada caso concreto.

- Tratándose del derecho a la intimidad, que protege la no divulgación de ciertos datos de la vida privada de una persona, sin su consentimiento, será *la veracidad* de esa información, el presupuesto de la lesión a su esfera privada.
- El "reportaje neutral" es aquel en el que un medio de comunicación se limita a transcribir lo dicho o declarado por un tercero, es decir, únicamente ha cumplido una función transmisora de lo dicho por otro y, por consiguiente, el responsable de cuanto se diga en las declaraciones reproducidas será su autor material, esto es, quien las hace, pero no quien las reproduce. Por consiguiente, el "reportaje neutral" debe satisfacer dos requisitos: el de veracidad, entendido como la certeza de que la declaración corresponde a un tercero; y el de relevancia pública de lo informado.
- La solución al conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la información, frente al derecho a la intimidad o a la vida privada, deberá hacerse caso por caso, a fin de verificar cuál de estos derechos encuentra un plus de protección, considerando, incluso, que tratándose de personas públicas, debe distinguirse según la proyección pública mayor o menor de la persona, dado su propia posición en la sociedad, así como la forma en que ella misma ha modulado el conocimiento público sobre su vida privada.

c. Conclusiones de la Corte

Bajo los parámetros previamente establecidos, la Corte mexicana determinó negar el amparo solicitado, en cuanto nos interesa, por las siguientes razones:

- En el caso concreto, es relevante considerar que en realidad se plantea una afectación al derecho a la intimidad de la quejosa, por parte de la editora demandada; lo que define que la ponderación entre qué derechos tienen una especial protección en cada caso, opere distinto tratándose de dicha intromisión, que cuando se alega que se ha vulnerado su derecho al honor.
- La quejosa, derivado de su relación matrimonial con el entonces Presidente de la República, sí tenía un carácter de personaje público, por lo que existía una menor resistencia a la intromisión en su vida privada, y un interés legítimo de la sociedad en el conocimiento de ciertos aspectos de su vida, sus actividades, etcétera, y un mayor escrutinio público sobre sus

actos o conductas, por lo que, en su caso, encuentran una mayor protección el derecho a la información y la libertad de expresión.

- Para arribar a tal conclusión, la Sala consideró que era un hecho notorio la relación conyugal entre la amparista y el citado ex Presidente de la República, lo que le confería un especial estatus dentro de la sociedad mexicana, ya que derivado de esa relación, si bien no podía hablarse de que ocupara un cargo público, ni de que exista, como tal, un cargo de "*Primera Dama*", como correctamente lo alegaba la quejosa, lo cierto es que sí la situaba como personaje público, pues, evidentemente, no se trataba de un simple particular, ya que aquella relación matrimonial trascendía a lo público e, innegablemente, no sólo la hacía una persona conocida, sino que, además, la colocaba en la condición de participar en diversos actos oficiales de Estado, incluso, a nivel internacional, precisamente como cónyuge del titular del Poder Ejecutivo Federal, y de beneficiarse de sus ingresos o prestaciones. Además, en el caso de la amparista, antes de contraer matrimonio civil con el citado Presidente de la República, realizó diversas actividades políticas y ocupó ciertos cargos públicos y, ya como cónyuge del mandatario, también desempeñó diversas actividades sociales, todo lo cual le dio gran proyección pública.

- A lo que se agrega, de manera relevante, que la quejosa no se condujo —durante el período por el que fungió su esposo en el cargo de Presidente de la República, e inclusive con anterioridad al mismo—, como una persona interesada en mantenerse, en la medida de lo posible, alejada del conocimiento público, sino que, voluntariamente, expuso diversos aspectos de su vida privada y realizaba actividades sociales que, lejos de mantenerla fuera de la vista del público, la señalaban como una persona crucial en la vida política del país.

- En esa medida, la Corte distinguió que, aun dentro de personajes notoriamente públicos, no podía equipararse la trascendencia o proyección de las acciones o de hechos referidos a una persona como la quejosa y, por ende, el interés o relevancia pública de información sobre la misma, a los de otra persona que también sea notoriamente conocida, como un deportista, un actor, un escritor, pintor o escultor, etcétera, por lo que, en cada caso debe verificarse cuál es esa proyección dentro de la comunidad, así como la propia modulación que estos personajes tengan en relación con la exposición de su vida privada. En el caso, todos los referidos elementos

legitiman un mayor interés o escrutinio de la sociedad en las actuaciones de la quejosa, aun las de índole más personal, y de los medios de comunicación y/o periodistas, así como de la ciudadanía, que puedan dar a conocer información, opiniones, críticas o juicios de valor sobre ella, dentro del libre debate público.

- Conforme a este contexto, la Sala señala que si bien la publicación de la revista que dio origen al juicio civil por daño moral, contenía datos de su vida privada (un extracto de la demanda de anulación de matrimonio religioso con otra persona, interpuesta por la quejosa), así como diversas opiniones que, al respecto, manifestaba la autora del artículo publicado, ello no podía verse de forma aislada, sino precisamente en el contexto del artículo publicado, pues sólo de esta manera podía verificarse la relevancia pública de la información divulgada por la citada revista. En esa medida, la Corte mexicana establece que el artículo en cuestión era, ante todo, de la autoría de la periodista, y no de la revista codemandada; y aun cuando se revelaban determinados hechos indudablemente inherentes a la vida privada de la amparista, que tuvieron lugar durante aquél matrimonio, tal intromisión en su intimidad, vista en el contexto en que se hizo, sí tenía cabida en el interés legítimo de la sociedad de conocer dicha información, así como en la libre expresión y el derecho a la información, como base del debate público.

- Concluyendo, por tanto, que la publicación por parte de la editora demandada, constituyó un "reportaje neutral", que satisfacía los requisitos de veracidad y relevancia pública, pues, en su caso, sí existía un interés público en que la información fuera difundida, por lo que la actuación de la editorial demandada no se traducía en una intromisión ilegítima en la intimidad de la quejosa.

III. ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD ENTRE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE MEXICANA Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Estimamos que las sentencias de la Corte mexicana que hemos referido, se corresponden con los estándares internacionales que, de manera previa, también señalamos.

La Corte mexicana, en ambos juicios de amparo, reconoce los derechos de libertad de expresión, vida privada y al honor –e incluso también alude al derecho a la información–, que no sólo garantiza la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino que se consagran en los aludidos tratados internacionales sobre derechos humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En esa medida, si bien la Corte mexicana no establece la aplicación directa de tales tratados, aun cuando los cita expresamente en el A.D.R. 2044/2008, lo relevante es que la interpretación que de las libertades que consagran los artículos 6 y 7 de la Constitución mexicana realiza la Suprema Corte, es en total armonía con los citados tratados internacionales y con la jurisprudencia que, a propósito de tales derechos fundamentales, se ha dictado en el sistema interamericano. La Corte mexicana, en correspondencia con estos estándares internacionales –e, incluso, con la jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por otros países–, parte de la importancia que, para la democracia, tiene la libertad de pensamiento y de expresión, como también el derecho a la información, como elementos indispensables para la formación de la opinión pública; considera la función trascendente que, al efecto, tienen los medios de comunicación y el periodismo; y estima que si bien ningún derecho es absoluto, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia comparada y la nacional, el ejercicio de aquellos derechos no debe ser objeto de previa censura, o bien de responsabilidades ulteriores ilimitadas que restrinjan excesivamente o "castiguen" a quienes expresan esas opiniones, sobre todo en el uso de medidas penales.

Por consiguiente, en la misma línea que se ha seguido en derecho comparado, para la Primera Sala, las libertades de expresión y pensamiento, adquieren mayor relevancia, tratándose de las actividades de quienes ocupan cargos públicos o de elección popular que, dada esa posición, tienen una menor resistencia en la protección de otros derechos, concretamente a la vida privada y al honor, aun cuando se trate de opiniones que ofendan o incomoden a quienes van dirigidas, pues los límites a la crítica hacia funcionarios públicos o políticos son mayores que si se tratara de personas privadas, en aras del debate y de la formación de una opinión

pública, como pilares de una sociedad democrática. En este orden, la Primera Sala concluyó que, en casos como el que dio origen al amparo directo en revisión 2044/2008, para la solución de una posible colisión entre tales derechos –libertad de expresión, por un lado, y derecho a la vida privada y al honor, por el otro–, debe atenderse a aquellos aspectos, a fin de ponderar cuál protección constitucional prevalece; determinando en dicho juicio de amparo que sí se habían vulnerado los derechos a la libertad de expresión del director del periódico (quejoso), al sancionarlo con privación de la libertad, sin valorar las particularidades del caso concreto, máxime que, si bien, como ha señalado la Corte Interamericana pueden establecerse medidas legales de naturaleza penal, ello debe ser estrictamente necesario para proteger otros bienes constitucionales.

De igual manera, al resolver posteriormente el amparo directo 6/2009, la Corte mexicana, partiendo de la interpretación que sobre los derechos humanos en juego había realizado al resolver el amparo directo en revisión 2044/2008, y de la función esencial que la libertad de expresión y el derecho a la información juegan en una sociedad democrática, precisó que no sólo los funcionarios públicos o los políticos, tienen un menor umbral de protección respecto de las opiniones e información que sobre sus actividades se divulgue, también las personas que por ciertas circunstancias sean ampliamente conocidas en la comunidad, han de sufrir mayores intromisiones, al existir un interés legítimo de la sociedad en conocer información sobre ellas; por ende, tratándose de personajes públicamente conocidos, será el interés público para legitimar la intromisión, más allá de otras consideraciones, lo que debe considerarse por el Juez, al momento de decidir un caso de ponderación entre las libertades de expresión y el derecho a la información, frente a los derechos de la personalidad –concretamente el derecho a la vida privada o la intimidad–; es pues, el *interés público*, y no la mera curiosidad o morbo, lo que autoriza o no la intromisión, y permite que en un caso prevalezcan la libertad de expresión y el derecho a la información y, en otros, los derechos de la personalidad. Lo que llevó a la Primera Sala a determinar que la posición que en ese caso concreto tenía la quejosa dentro de la sociedad mexicana, disminuía el umbral de protección de su derecho a la vida privada y confería a la sociedad un interés legítimo para conocer información sobre ella, por lo que la editora demandada no había vulnerado sus derechos fundamentales.

En conclusión, del análisis efectuado advertimos que las soluciones a las que arriba la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en estos juicios de amparo, son compatibles con el alcance y límites que los estándares internacionales han establecido tratándose de la libertad de expresión, y la ponderación que en cada caso concreto debe efectuarse cuando se presente una colisión entre ese derecho y los derechos a la vida privada, intimidad o al honor, en tanto guarda correspondencia con los principios de una sociedad democrática, dentro de la cual adquiere especial relevancia la libertad de expresión y de pensamiento.



*Libertad de pensamiento
y expresión: dimensiones y límites.
Censura previa e incriminación de ideas*

FRANCISCA POU GIMÉNEZ*

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del ámbito de la todavía escasa jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana en materia de derechos fundamentales, los casos de libertad de expresión constituyen un campo de análisis particularmente sugestivo.

En primer lugar, se trata de un ámbito en el que hay sentencias suficientes como para poder identificar y reconstruir incipientes líneas jurisprudenciales, lo cual no ocurre con otros derechos que, por circunstancias que no vamos a analizar aquí, no han sido todavía efectivamente judicializados ante la Suprema Corte. En segundo lugar, es un área de la jurisprudencia constitucional mexicana en que la evolución reciente de los criterios es más notoria y esperanzadora: como veremos en la segunda sección de este trabajo, en los años recientes hemos pasado de resoluciones donde la Corte se mostraba todavía presa de una visión en exceso restrictiva en términos de libertades y en exceso deferente respecto de normas insuficientemente armónicas con la Constitución y los tratados, a resoluciones que —más allá de los detalles— se hacen eco de las bases consensuadas del constitucionalismo contemporáneo.

La evolución, además, no es solamente una evolución sustantiva, en el plano del entendimiento que tiene la Corte del contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión, sino también una evolución metodológica que refleja el modo en que nuestro alto tribunal va adentrándose –de un modo paulatino y no exento de tropiezos– en un universo de maneras de integrar y aplicar las normas de máxima jerarquía completamente distinto al que ha caracterizado la tradición jurídica del país. En este nuevo universo, las fuentes de los derechos de base internacional ya encuentran un lugar, y los razonamientos mediante los cuales son aplicados en los casos concretos evidencian, por fin, un cambio de percepción respecto de cuáles son –por decirlo en la conocida expresión de Atienza y Ruiz Manero– las piezas de nuestro derecho actual.¹ A medida que la jurisprudencia empieza a hacerse cargo de que el ordenamiento incluye normas de estructura y funcionalidad jurídica principal o finalista –y no sólo normas con el formato tradicional de las reglas– y se van incorporando técnicas para resolver casos bajo sus frecuentemente encontradas pretensiones normativas, emerge un juego completamente nuevo entre fuentes del derecho, e incluso un modo nuevo de verter pronunciamientos de constitucionalidad o inconstitucionalidad en los estrictos moldes del amparo contra actos, leyes o sentencias.

Tanto los cambios sustantivos como los metodológicos son particularmente observables en las sentencias que abordan casos de libertad de expresión, y un análisis interesado en evaluarlos bajo la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos debe atenderlos simultáneamente. En esta ocasión, no podremos hacerlo con la exhaustividad necesaria pero lo que presentaremos sugerirá, en cualquier caso, trazos generales importantes de lo que uno halla en esta parcela de la jurisprudencia mexicana.

De conformidad con los lineamientos, dividiremos el trabajo en tres partes. En la primera haremos un resumen breve de los estándares sobre libertad de expresión que rigen para todos los países integrados al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Aunque es claro que los estándares internacionales

¹ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

sobre derechos humanos son más que los estándares que emanan de los textos y de las instituciones (Comisión y Corte) del SIDH –recordemos, por ejemplo, las importantes guías normativas que derivan de las Observaciones generales del Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Comité del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales o del Comité de Derechos Humanos de la ONU– también lo es que los emitidos en su contexto, ahora convenientemente sistematizados en los informes anuales de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos (RELE) son especialmente relevantes. Por un lado, porque provienen de un sistema regional en el que la libertad de expresión, como ha sido destacado, tiene una protección comparativamente reforzada,² lo cual las convierte en una obligada primera referencia desde una perspectiva aplicativa *pro-persona* que privilegie las fuentes del derecho que dan la cobertura de más amplio alcance.³ Por otro lado y en cualquier caso, los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) están sujetos, en términos de su artículo 2o., al deber jurídico de adecuar su ordenamiento a los mandatos de la misma, de modo que, con independencia de las prescripciones que dimanen de otras fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, monitorear la jurisprudencia mexicana desde la perspectiva de los criterios del SIDH es una tarea obligada. El trabajo se circunscribirá, entonces, a ellos.

En la segunda sección del trabajo seleccionaremos y comentaremos algunas resoluciones de la Suprema Corte de los pasados cinco años, centradas en las face-

² Como destaca la RELE, el marco jurídico del sistema interamericano es el sistema internacional que parece dar mayor alcance y más extensas garantías a la libertad que nos ocupa. Esta conclusión se extrae, por un lado, de la comparación del artículo 13 de la CADH con los artículos 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o el artículo 19 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, y por el otro, del hecho de que junto a la Convención existan textos como la Carta Democrática Interamericana o la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (véase RELE, Informe Anual sobre Libertad de Expresión 2009, párrs. 3-5). Esta posición privilegiada ha sido destacada por la Corte IDH y la CIDH en incontables ocasiones. El que, dentro del conjunto de Relatorías especializadas de la OEA, sea la de Libertad de Expresión la que tiene la estructura institucional más extensa y la agenda de actividades y responsabilidades más intensa apunta en el mismo sentido.

³ Sobre la aplicación de los criterios normativos derivados del sistema interamericano por vías interpretativas fundamentadas en el principio *pro-persona* en México véase Karlos Castilla: "El principio *pro persona* en la administración de justicia", *Cuestiones constitucionales*, no. 20, enero-julio de 2009.

tas del derecho a la libertad de expresión que deben ocuparnos (dimensiones, límites, censura previa, incriminación de ideas). Debo aclarar que he considerado inconveniente centrarme en el comentario exclusivo de una o dos sentencias, como sugieren los lineamientos, porque en tal caso hubiera resultado difícil no seleccionar las dos sentencias del año 2009 para cuya fundamentación la Suprema Corte utiliza explícitamente los estándares del SIDH. Sin embargo, estas dos resoluciones ya han sido de algún modo difundidas y analizadas desde esa perspectiva porque el Informe de la RELE del 2009 los incluye en su capítulo V ("Incorporación nacional de los estándares interamericanos en materia de libertad de expresión durante 2009"), sección C ("Decisiones de tribunales nacionales que incorporan los estándares interamericanos en materia de libertad de expresión). De modo que, en mi opinión, este trabajo gana en utilidad si referimos brevemente un conjunto más amplio de resoluciones y las evaluamos desde la perspectiva de criterios que vinculan más allá del grado en que son o no son citados expresamente en la fundamentación jurídica.

El trabajo cerrará con una breve conclusión.

II. LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha emitido más de quince sentencias de referencia en materia de libertad de expresión. Las más relevantes desde la perspectiva de las dimensiones y límites de este derecho, la prohibición de censura previa, la protección contra la incriminación de ideas y, en general, la garantía de la difusión desinhibida de conocimiento y pensamiento son, quizá, las dictadas en los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *Ricardo Canese vs. Paraguay*, *Eduardo Kimel vs. Argentina*, *Ívcher Bronstein vs. Perú*, *Olmedo Bustos y otros vs. Chile* ("La última Tentación de Cristo"), *Claude Reyes y otros, Tristán Donoso vs. Panamá*, *Palamara Iribarne vs. Chile* y, recientemente, *Usón Ramírez vs. Venezuela*. A ellas hay que añadir, sin duda, la Opinión Consultiva OC-5/85 (*La colegiación obligatoria de periodistas*) y el capítulo V del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del año 1994 (Informe sobre la

compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana de Derechos Humanos).⁴

En cualquier caso, para los efectos de nuestro análisis, gozamos de una compilación autoritativa de estándares, exhaustiva, clara y bien estructurada –la contenida en los últimos informes anuales de la RELE, ya mencionados– de manera que en el contexto de este trabajo será suficiente con remitir a ellos y sintetizar a continuación los puntos que resultan centrales atendidas las dimensiones del derecho cuyo tratamiento por parte de la Suprema Corte mexicana nos corresponde explorar.⁵

Como destaca la RELE, los órganos del sistema interamericano han subrayado la centralidad y alto valor que tiene la libertad de expresión en el continente y han señalado que ello deriva de la *triple función* que desempeña: a) en primer lugar, es un medio básico de autodefinición, imprescindible para poder construir, con los demás, el modelo de vida que uno quiere seguir y el modelo de sociedad en la que uno quiere vivir; b) en segundo lugar, la libertad de expresión guarda una relación estructural con el funcionamiento del sistema democrático, en tanto una ciudadanía libre e informada es imprescindible para deliberar y votar sobre asuntos que conciernen a todos, y su garantía reforzada es necesaria para que exista un control efectivo de la gestión pública y la conducta de los funcionarios; finalmente c) la libertad de expresión es un ingrediente necesario en el adecuado ejercicio de otros derechos fundamentales (participación, libertad religiosa, educación, igualdad en el goce de derechos básicos, etcétera).⁶

⁴ Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 54; Caso "La Última Tentación de Cristo" (*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*). Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73; Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107; Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111; Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135; Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151. Caso *Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177; Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C No. 193; Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207.

⁵ La compilación está en el capítulo III de los Informes del 2008 y del 2009. En lo que sigue los sintetizo en la versión que aparece en el Informe del 2009.

⁶ Informe de la RELE 2009, cap. III, párrs. 6-10.

La jurisprudencia interamericana ha perfilado también las características básicas de este derecho en lo que atañe a su titularidad, tipos de discursos protegidos o especialmente protegidos, deberes y responsabilidades y, sobre todo, ha desarrollado una sólida teoría sobre las condiciones que los límites (directos e indirectos) al derecho deben satisfacer para resultar compatibles con la Convención. Esta construcción se ha ido desarrollando y concretando al hilo de la resolución de casos protagonizados por Estados que habían incurrido en cursos de acción limitadores del derecho (o los habían tolerado).

Respecto a la *titularidad* del derecho, los órganos del sistema han subrayado que se trata de un derecho que tienen todas las personas –y no sólo, por ejemplo, una profesión o grupo específico– y que además ampara tanto al sujeto activo de la comunicación como al pasivo, puesto que incluye tanto la posibilidad de comunicar las ideas y datos como el derecho a recibir y conocer las ideas e informaciones que transmitan los demás. Es por ello que se hace hincapié en la doble dimensión –individual y colectiva– de la libertad de expresión, en tanto se trata de una libertad cuyas instancias de ejercicio tienen siempre una dimensión y una repercusión simultáneamente individual y colectiva.⁷

En cuanto al tipo de expresión que cae definicionalmente dentro del ámbito protegido, y de conformidad con las amplias previsiones del artículo 13 de la CADH respecto de las *formas* de expresión, la jurisprudencia del sistema clarifica que se trata de expresión por cualquier medio posible de difusión. Las sentencias de la Corte IDH y los informes de la CIDH han tenido oportunidad de referirse específicamente al derecho a hablar y a hacerlo en la lengua que uno elija; el derecho a escribir; el derecho a difundir lo que uno piensa o escribe –lo cual obliga al Estado a garantizar esa posibilidad evitando la prohibición o regulación desmedida de los medios de difusión que los particulares pueden tener a bien escoger–; el derecho a la expresión artística y simbólica y el derecho a acceder a la misma; el derecho a buscar y recibir información, en particular la que está en poder del Estado; el derecho a acceder a las informaciones sobre uno mismo contenida en bases de datos públicas o privadas y el derecho a poseer información, transportarla y distribuirla.⁸

⁷ *Ibid.*, párrs. 11-17.

⁸ *Ibid.*, párrs. 20-30.

Si la protección por razones de forma expresiva es amplia, también lo es cuando tomamos en consideración el *contenido* expresivo. Sobre la base de que, en principio, todo tipo de discurso goza de protección –incluido el que es chocante, ofensivo o perturbador– la jurisprudencia ha enfatizado que existen tipos de expresión merecedores de una protección especial o reforzada. El primero es el discurso político y sobre cuestiones de interés público y el segundo es el discurso referido a funcionarios en ejercicio de sus funciones, candidatos a puestos públicos y en general, al Estado o sus instituciones. Es claro que la necesidad de calificar de especialmente protegida la difusión de informaciones y pensamientos relacionados con estos temas guarda una conexión directa con la segunda de las funciones del derecho antes identificada: la función estructural de la libertad de expresión en un sistema democrático –su carácter de ingrediente imprescindible para el mantenimiento de una ciudadanía informada capaz de deliberar activa y abiertamente sobre los asuntos de interés público, en el contexto de sociedades donde existan los medios para evaluar y controlar el desempeño de los gobernantes–.⁹ Al resolver casos en los que las autoridades señalaban la existencia de derechos o intereses estatales supuestamente justificadores de la restricción o eliminación de conductas críticas con el Estado o estimadas invasivas por parte de otros ciudadanos, la Corte IDH y la CIDH han insistido en lo esencial de garantizar la circulación desinhibida de mensajes sobre cuestiones políticas y de interés público, y el modo en que la dimensión o funcionalidad colectiva de la libertad de expresión tiene que pesar en la evaluación de los conflictos de derechos entre las partes.¹⁰

El tercer tipo de discurso especialmente protegido es el relacionado con la expresión de aspectos que las personas asocian con su identidad y con la dignidad personal, lo cual hace objeto de especial consideración, por ejemplo, el derecho de los miembros de una etnia a expresarse en su lengua propia, el discurso relacionado con la libertad de conciencia y religión, la identidad de género y la orientación sexual de las personas.¹¹

⁹ *Ibid.*, párrs. 31-53.

¹⁰ Como destaca la RELE, en todos los casos en los que la Corte IDH ha examinado conflictos entre la libertad de expresión y el derecho al honor o reputación de las personas que ocupan cargos públicos ha encontrado a la primera digna de prevalecer (*ibid.*, párr. 119).

¹¹ *Ibid.*, párrs. 54-57.

En contraste –tal y como destaca la compilación de la RELE sobre la base de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 13 y en otros convenios regionales e internacionales de derechos humanos– deben dejarse *fuera del ámbito de protección del derecho* la propaganda de guerra o la apología del odio que constituya una incitación a la violencia, la incitación directa y pública al genocidio y la pornografía infantil.¹²

A los efectos del análisis que nos ocupará en la sección que sigue es especialmente relevante recordar los trazos básicos de la teoría de los *límites* a la libertad de expresión en el contexto del SIDH. Resumidamente, la jurisprudencia del sistema condiciona la legitimidad de las limitaciones al cumplimiento de un test tripartito enmarcado en una regla general. La regla general, extraída de los artículos 2 y 30 de la CADH, estipula que cualquier restricción a la libertad de expresión debe incorporar las exigencias justas de una sociedad democrática, esto es, debe juzgarse haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas.¹³ Esta exigencia general se traduce en la necesidad de evaluar los casos concretos bajo la lupa de un test –derivado de las previsiones del artículo 13.2 de la CADH– integrado por los siguientes tres requisitos:¹⁴

- 1) Las limitaciones deben constar en *normas de rango legal, redactadas de manera clara y precisa.*

Ello implica que la ley debe establecer de forma diáfana y precisa por qué motivos las personas pueden eventualmente incurrir en responsabilidad por la expresión de opiniones o hechos, de modo que la gente tenga plena seguridad jurídica al respecto. Las normas vagas o ambiguas disuaden por un lado a las personas, que pueden tener miedo a ser sancionadas, y otorgan, por el otro, facultades discrecionales a las autoridades demasiado amplias. Cuando las normas involucradas son penales, la Corte IDH ha señalado que deben cumplirse del modo más estricto

¹² *Ibid.*, párrs. 58-61.

¹³ *Ibid.*, párr. 67.

¹⁴ *Ibid.*, párrs. 63-90.

posible las exigencias del principio de legalidad penal y ha declarado, por ejemplo, la incompatibilidad con la CADH de un delito de injurias que no especificaba los elementos que constituían la conducta típica, ni si era relevante que el sujeto imputara hechos atentatorios del honor o si bastaba una opinión ofensiva o menospreciante, o si era necesario que existiera un dolo específico, todo lo cual creaba demasiadas dudas y abría irrazonablemente el campo de arbitrio de la autoridad.¹⁵

- 2) Las limitaciones deben estar orientadas a alcanzar *objetivos imperiosos autorizados por la Convención*.

De conformidad con el artículo 13.2 estos objetivos son "el respeto a los derechos o la reputación de los demás" y la "protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". Sin embargo, la Corte IDH ha enfatizado que los Estados no pueden interpretar de cualquier modo estas expresiones y ha dado lineamientos al respecto. La Corte ha dicho, por ejemplo, que la noción de "orden público" debe ser interpretada de una forma estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática, que tenga en cuenta el pluralismo y la necesidad de preservar el objeto y fin del tratado. Además, la apelación al orden público no puede dar cobertura a conjeturas: los supuestos ataques al mismo deben relacionarse con causas reales y verificables, que representen una amenaza cierta de perturbación grave de la dinámica democrática. En lo que atañe a la causal relacionada con "los derechos de los demás", la Corte ha exigido que los derechos a que se apela estén claramente lesionados o amenazados (extremo que debe ser probado por quien desea limitarlos) y que se apliquen con pulcritud los criterios de armonización contenidos en el test tripartito que estamos describiendo, con particular atención a los requisitos de necesidad y proporcionalidad a que nos referiremos de inmediato.¹⁶

¹⁵ *Ibid.*, párrs. 73 y 74.

¹⁶ *Ibid.*, párrs. 77-83.

- 3) Las limitaciones deben ser *idóneas* y *necesarias* en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se persiguen y *estrictamente proporcionadas* a la finalidad buscada.

La necesidad de que sean *idóneas* exige el uso de medidas efectivamente conducentes al objetivo imperioso que se persigue mediante la limitación de la libertad de expresión y el requisito de que sean *necesarias* exige revisar que no existan medios menos restrictivos que permitan alcanzarlo (no es suficiente que una medida sea útil, razonable o oportuna). Finalmente, la *estricta proporcionalidad* de las medidas limitadoras exige evaluar si el sacrificio de la libertad de expresión que conlleva una medida es desmedido cuando se ponderan las ventajas que se obtienen mediante ella.¹⁷ Se trata de la conocida necesidad de evaluar los grados de afectación a los distintos derechos, su posición normativa abstracta y la ponderación en el caso de sus respectivas exigencias normativas.

La jurisprudencia de la Corte IDH provee muchas guías concretas acerca de la posición respectiva de ciertos derechos y acerca de medios más y menos restrictivos de limitación de la libre expresión. Así, y en congruencia con su postura acerca de los discursos especialmente protegidos, ha destacado que el derecho a la reputación de los funcionarios públicos raramente tiene el peso suficiente para justificar restricciones al derecho del artículo 13 de la CADH porque se trata de personas que asumieron voluntariamente una posición que lleva implícita la recepción de críticas, y porque esa posición les provee, ordinariamente, los medios necesarios para reaccionar y dar explicaciones sobre hechos que los involucren.¹⁸ Esta atribución de un umbral *prima facie* menor de protección de la reputación no depende, ha apuntado la Corte, de la calidad del sujeto sino del interés público de las actividades que realiza y la necesidad de asegurar un debate desinhibido sobre los asuntos públicos.¹⁹ También ha destacacado que otorgar una protección "automática" al Estado o sus instituciones vulnera el artículo 13 de la CADH.²⁰

¹⁷ *Ibid.*, párrs. 85-90.

¹⁸ *Ibid.*, párrs. 103-106.

¹⁹ *Ibid.*, 106.

²⁰ *Ibid.*, párr. 107.

Además, la Corte IDH ha apuntado que la vía menos restrictiva en todos los casos es acudir al derecho de *rectificación* o respuesta (previsto en el artículo 14 de la CADH). Sólo si la misma es insuficiente y se acredita la existencia de un daño grave derivado de cursos de acción con intención de dañar o grave desprecio por la verdad puede decretarse responsabilidad *civil*. Esta última, en cualquier caso, no puede acarrear sanciones de tal proporción que sean inhibitorias; las sanciones deben tener una finalidad reparadora –no sancionadora– y deben reposar en un correcto entendimiento de temas como el tratamiento de la veracidad informativa, la necesidad de que la expresión cuestionada supere el estándar de la "real malicia" (intención de hacer daño o evidente desprecio por la verdad), el adecuado reparto de las cargas de la prueba en los procesos, etcétera.²¹ La posición respecto de los mecanismos de exigencia de responsabilidad *penal* es, esperablemente, muy restrictiva. La Corte IDH no la ha descartado *in toto* –esto es, no ha declarado contraria a la CADH la adopción de cualquier tipo de medida penal– pero en todos los casos abordados la ha declarado un mecanismo incapaz de superar el test tripartito.²² En cuanto al CIDH y por lo que concierne, en específico, al discurso sobre funcionarios públicos o asuntos de interés público, su posición es taxativa: la utilización de mecanismos penales vulnera en sí misma el artículo 13 de la CADH.²³

La jurisprudencia interamericana ha señalado que *otros tipos de limitación incumplen, categorialmente, las condiciones del test tripartito*, y por lo tanto son contrarias al artículo 13 de la CADH. Así, se ha destacado que las limitaciones no pueden constituir censura previa, ni ser discriminatorias o tener efectos discriminatorios, ni venir impuestas por medios indirectos, y deben tener carácter excepcional.²⁴

La prohibición de *censura previa* es una regla de esencial relevancia para entender a cabalidad la lógica normativa que debe presidir la evaluación de las normas o actuaciones que inciden sobre la libertad de expresión. Salvo por la

²¹ *Ibid.*, párrs. 80, 110 y 111.

²² *Ibid.*, párrs. 112-114, 117 y ss.

²³ *Ibid.*, párr. 115 y 135 y ss. Además, véase: CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana de Derechos Humanos.

²⁴ *Ibid.*, párrs. 91 a 99.

angosta excepción prevista en el artículo 13.4 (control del acceso a los espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y la adolescencia) las medidas de control sobre esta libertad deben venir siempre en forma de exigencia de responsabilidades *posteriores* a quien la haya ejercido de un modo abusivo. En ningún caso puede haber controles previos o preventivos (por vía directa o indirecta) sobre la difusión de opiniones e informaciones.

La obligación de desterrar las *restricciones indirectas* a la libertad de expresión es también especialmente relevante. Los documentos del SIDH en la materia aluden expresamente a una fuente "clásica" de restricciones indirectas: la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad o créditos oficiales, la regulación de las prebendas arancelarias y el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión.²⁵ La Corte IDH ha dejado sentado, por su parte, que la responsabilidad del Estado por restricciones indirectas puede traer causa de actos de personas particulares cuando el Estado no cumple con sus deberes de *garantía y protección*, esto es, cuando ante riesgos previsibles o inmediatos no entra en acción, aun si los funcionarios que generan o toleran las prácticas restrictivas no derivan ventajas personales de su curso de acción.²⁶

La jurisprudencia interamericana da textura, profundidad y concreción a todos los elementos de la "teoría de los límites" que ha quedado aquí apuntada sólo de forma esquemática, aunque es cierto que, por el momento, los criterios más detallados provienen preponderantemente de casos en los que la libertad de expresión venía analíticamente contrapuesta al derecho al *honor o a la reputación* (de los funcionarios públicos, candidatos, Fuerzas Armadas, etcétera). El sistema no ha desarrollado todavía criterios en asuntos que contraponen expresión con el derecho a la intimidad y a la propia imagen, por ejemplo –como lo ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias de referencia como *Von Hannover vs. Alemania*²⁷ aunque la trepidante dinámica del sistema hace prever

²⁵ *Ibid.*, párr. 97. Véase el Principio 13 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.

²⁶ *Ibid.*, párr. 98.

²⁷ *Von Hannover vs. Alemania*. STEDH (sección 3a.) de 24 de junio de 2004 (2004/45). Demanda 59320/2000.

que el abanico de derechos e intereses estatales que serán analizados a la luz o en contraposición al derecho a la libertad de expresión aumentará muy pronto.

III. CASOS RESUELTOS EN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

1. El caso de la bandera

Nuestro recuento debe empezar con una conocida sentencia del año 2005 cuyos avatares argumentales han sido sobradamente comentados: el llamado "caso bandera", resuelto por la Primera Sala de la Corte en octubre del 2005.²⁸ Aunque desde la perspectiva de los estándares consensuados de derechos humanos se trata de un caso que hay que lamentar, me parece necesario subrayar que en la discusión que suscitó se encuentra la clave de la evolución posterior de la jurisprudencia la Corte. Con el tiempo, las posiciones que en esa ocasión quedaron en minoría –fundamentalmente apegadas a los estándares interamericanos– se han convertido en posiciones mayoritarias, y eso no hubiera ocurrido si la discusión interna en la Corte sobre el caso de la bandera no hubiera sido tan intensa y tan abarcativa, tanto en su dimensión sustantiva como procesal.

Los hechos del caso son bien conocidos. Una persona publicó en un revista de Campeche un poema titulado "Invitación (La patria entre mierda)" en el que hacía referencia a la bandera mexicana. A raíz de esta publicación se le giró auto de sujeción a proceso, al ser calificado de presunto responsable del delito de "ultraje a las insignias nacionales" previsto en el artículo 191 del Código Penal federal (CPF).²⁹ El afectado interpuso un amparo frente al citado auto por considerarlo una medida vulneradora de su libertad de expresión (arts. 6 y 7 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)), las garantías del proceso penal (art. 14 CPEUM) y la prohibición de penas infamantes, inusitadas o trascendentales (art. 22 CPEUM). El Tribunal Unitario que conoció del amparo en

²⁸ AR 2676/2006, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte el 5 de octubre de 2005.

²⁹ El artículo dispone: "[a]l que ultraje el escudo de la República o el pabellón nacional, ya sea de palabra o de obra, se le aplicarán de seis meses a cuatro años de prisión o multa de cincuenta a tres mil pesos, o ambas sanciones, a juicio del Juez".

primera instancia consideró que no se daban los requisitos procesales para entrar al estudio de la constitucionalidad del artículo 191 y desestimó los argumentos que denunciaban su incorrecta aplicación al quejoso, pero el levantamiento del sobreseimiento por parte del Tribunal Colegiado, en revisión, permitió a la Suprema Corte evaluar la compatibilidad con la Constitución del artículo legal mencionado.

Por tres votos contra dos, la Primera Sala determinó que el artículo 191 CPF no vulneraba la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia ni contenía una norma excesivamente vaga. La Sala sostuvo que el bien jurídico tutelado por dicha norma penal era la "dignidad de la Nación" y apuntó que, de encontrarse un fundamento constitucional para el mismo, "tendrá que admitirse forzosamente que se tratará de un límite a la libertad de expresión. En efecto: ante dos normas de igual rango, pertenecientes ambas a la Constitución, debe entenderse que si una concede cierto derecho y el otro lo limita, éste constituye un caso de excepción al primero".³⁰ Adicionalmente, la Corte señalaba que la libertad de prensa, en términos de los artículos 6 y 7 de la Constitución mexicana, está acotada, lo que demostraría la voluntad del Constituyente de establecer "una regulación jurídica que impida al Estado imponer sanciones por el sólo hecho de expresar ideas, pero también hacer jurídicamente responsable a quien emite su opinión si de ello derivan consecuencias antijurídicas, como los ataques a la moral, a los derechos de tercero, la provocación de un delito o la perturbación del orden público".³¹

Dicho esto y tras poner en relación varios preceptos,³² la Corte concluye que la Constitución mexicana protege a los símbolos patrios y que el Constituyente quiso darles tutela incluso en el orden penal.³³ La sentencia reconoce que "es cierto que en otros sistemas jurídicos los tribunales constitucionales han declarado que dispositivos como el que nos ocupa constituyen límites indebidos a la libertad de expresión", pero señala que ello es debido a que en sus Constituciones "no se

³⁰ Pág. 95 de la sentencia.

³¹ *Ibid.*, pág. 97.

³² Artículos 3o., 73, fracción XXIX-B y 130, párrafo segundo, inciso e) de la CPEUM.

³³ Pág. 125 y 126 de la sentencia.

encuentra, como en la nuestra, un mandato expreso sobre la necesidad de salvaguardar semejantes emblemas de acciones ultrajantes, que ameritan ser castigadas".³⁴ Finalmente, la Sala argumenta que la norma penal analizada no está aquejada de problemas de vaguedad, pues la determinación del significado de "ultraje" no le plantea dudas, y estima que no es posible examinar el argumento acerca de la desproporcionalidad de la pena prevista porque el poeta había sido objeto de un auto de sujeción a proceso, no de una sentencia definitiva –*locus* éste el único donde podría serle impuesta, si fuera el caso, la pena prevista por el artículo–.³⁵

Los Ministros Cossío Díaz y Silva Meza suscribieron un enfático voto particular en el que acogen la teoría estándar sobre la libertad de expresión, destacan su funcionalidad múltiple, su particular conexión con la dinámica democrática (citando el PIDCP, la CADH y la OC-5/85), recuerdan la especial protección de que gozan los discursos que inciden en la esfera política, desarrollando a continuación una detallada reconstrucción dogmática de los artículos 6 y 7 de la Constitución mexicana. En particular, destacan el impulso esencialmente *pro-libertate* que evidencia la redacción de los citados preceptos –el artículo 6, por ejemplo, dispone que "la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa" y presenta las limitaciones como claras excepciones a una regla general ("sino en el caso de que...")– y exponen cómo deben ser interpretadas las nociones de "ataque a la moral", "ataque a los derechos de tercero", "provocación de algún delito" y "perturbación del orden público" para evitar que su aplicación acabe por negar el derecho involucrado.³⁶ También desarrollan una posición acerca de la vinculación de las diferentes autoridades (legislativas, administrativas, jurisdiccionales) a las previsiones constitucionales y destacan la necesidad de que la acción del legislador destinada a establecer limitaciones sea necesaria, proporcional y siempre adecuada a los contenidos constitucionales, en especial cuando se utiliza la herramienta penal.³⁷

³⁴ *Ibid.*, pág. 127.

³⁵ *Ibid.*, pág. 128.

³⁶ Voto de minoría de los Ministros Cossío Díaz y Silva Meza, pág. 4

³⁷ *Ibid.*, págs. 4 y 5.

Finalmente, los disidentes abordan el caso concreto y concluyen que el artículo 191 CPF es inconstitucional. Por un lado, argumentan extensamente por qué este precepto no puede considerarse una concreción legítima de los límites expresamente mencionados en los artículos 6 y 7 CPEUM. Cossío Díaz y Silva Meza se detienen particularmente en la noción de "moral pública" y concluyen que "una norma penal cuyo indeterminado alcance incide y limita el *significado político* de la bandera [...] va mucho más allá de cualquier entendimiento razonable de lo que pueda entenderse cubierto por la necesidad de preservar la moral pública".³⁸ Por otro lado, los Ministros disidentes desvirtúan la construcción argumental con la cual la mayoría había integrado a la bandera entre el conjunto de bienes constitucionalmente protegidos y sugieren de qué manera puede el Estado atender al papel simbólico o cohesivo que puede desplegar la bandera en una sociedad determinada.³⁹ Sin embargo, insisten, el derecho penal no puede estar entre los medios usados a tal efecto si quiere preservarse la libertad individual, y menos mediante normas que contemplan sanciones excesivas y vienen expuestas en términos vagos: "[s]i los ciudadanos albergan algún tipo de duda acerca de si su comportamiento puede o no ser incluido por las autoridades bajo una amplia noción de "ultraje" a la bandera nacional, renunciarán a ejercer su derecho a la libre expresión del modo desenvuelto que es propio de una democracia consolidada y se refugiarán en la autocensura".⁴⁰

El "caso bandera" puede leerse, en primera instancia, como un caso de libre expresión artística, pero también o sobre todo –como apuntaron los Ministros de la minoría– como un caso de discurso político o discurso relacionado con temas de interés público. Como destaqué en otra ocasión,⁴¹ en realidad se trataba de un caso fácil, pues lo que estaba involucrado era expresión *lingüística*, no conducta expresiva no lingüística, como en los casos de quema de banderas, cruces o cartillas militares; la regulación examinada tenía un impacto *central*, no periférico, sobre la expresión; se trataba de una regulación de *contenido*, no de forma, modo y

³⁸ *Ibid.*, pág. 9.

³⁹ *Ibid.*, 10, 11 y 13.

⁴⁰ *Ibid.*, pág. 18.

⁴¹ Francisca Pou: "El precio de disentir. El debate interno en la Corte". *Isonomía. Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, no. 24, abril de 2006, págs. 187-197.

circunstancias; el mensaje tenía una dimensión *política* indudable, en contraposición a contenidos estructuralmente menos centrales; el mensaje tenía un destinatario *no individualizado*, lo cual excluía tener que entrar en juicios ponderativos con los derechos de la personalidad; y se vehiculaba por un *conducto* sumamente *clásico* –el medio impreso–, lo cual excluía las cuestiones que pueden derivar del uso de determinados soportes expresivos.⁴² Y por encima de todo, la norma legal relevante era una norma penal muy vaga que imponía una pena dentro de márgenes que daban alta discrecionalidad al Juez, y muy elevada en uno de sus extremos (cuatro años de prisión).

La decisión es, entonces, criticable bajo casi cualquiera de los puntos de vista que los estándares interamericanos nos invitan a evaluar. El caso involucraba un discurso especialmente protegido (discurso político o sobre asuntos de interés público) que además no se enfrentaba en el caso a los derechos de la personalidad de otra persona, sino a un bien jurídico extremadamente indefinido. Es cierto que la Corte no concede una protección automática a la bandera o a la "dignidad de la nación" –lo cual, como hemos visto, ha sido declarado vedado por la Corte IDH–⁴³ sino que busca previsiones constitucionales de las que pueda derivarse su protección. Pero una vez construido el engarce, no procede a desarrollar un análisis de proporcionalidad –una armonización de previsiones– sino que convierte la protección de la bandera en "excepción" de la libertad de expresión y deja a esta última completamente de lado, en una lógica jurídica característica de la aplicación formalista de reglas y no de normas que consagran derechos.

Con independencia de que podamos o no asimilar el artículo 191 CPF a una ley penal de desacato (lo cual, en términos de la CIDH, permitiría declararla categorialmente contraria a la Convención), es claro que la norma no superaba el test tripartito que la Corte IDH insta a aplicar con especial intensidad en estos casos: en primer lugar, porque el artículo 191 no confiere una cobertura legal clara y precisa a la medida limitativa de derechos (la argumentación sobre la vaguedad es uno de los puntos mas débiles de la sentencia); en segundo lugar, porque no es

⁴² *Ibid.*, págs. 187-188.

⁴³ *Vid. supra.* pág. 7.

claro que esté al servicio de un objetivo imperioso en una sociedad democrática (hay muchos motivos para dudar que proteger a la bandera contra las críticas sea una necesidad imperiosa en una sociedad democrática); y en tercer lugar, porque parece indudable que la norma no satisface la relación de adecuación, necesidad y proporcionalidad entre medios y fines que debe darse en estos casos. Los objetivos de la norma pueden alcanzarse por medios claramente más eficaces y menos gravosos desde el punto de vista de las libertades; sus previsiones, como destaca el voto particular, constituyen medidas desproporcionales con un peligroso "efecto mordaza".

Ciertamente, la sentencia señala que el razonamiento desplegado opera sólo para descartar la inconstitucionalidad del artículo 191 CPF y que no implica que esté justificada su aplicación al caso del poeta, ni elimina la posibilidad de que le sea aplicada una sanción desproporcional, lo cual podría ser remediado en su momento por la justicia federal.⁴⁴ Este razonamiento ignora, sin embargo, que con independencia de los problemas que la aplicación del artículo pueda acarrear, mantenerlo en los libros de la ley resulta en sí mismo vulnerador de la libertad de expresión bajo los estándares interamericanos, pues la combinación de un enunciado vago con la amenaza de sanción penal desproporcionada desalienta o bloquea la expresión. Además, con independencia de la frecuencia con que los jueces apliquen la norma, su defectuosa factura les otorga un grado de discrecionalidad aplicativa excesivamente alto.

2. El caso del repartidor de octavillas

Este es el primer "caso feliz" de la jurisprudencia reciente de la Corte sobre los temas que nos ocupan y tiene que ver fundamentalmente con la libre expresión del pensamiento y las creencias religiosas, con la prohibición de censura previa y con la interdicción de las restricciones indirectas.⁴⁵

El amparo, resuelto después en revisión por la Primera Sala en noviembre del 2006, fue interpuesto por un señor que había sido multado por repartir en la

⁴⁴ Págs. 94 y 129 de la sentencia.

⁴⁵ Amparo en revisión 1595/2006, fallado por la Primera Sala de la Corte el 29 de noviembre de 2006.

calle octavillas que anunciaban un concierto y unos cuadernillos con extractos del Evangelio. El fundamento de la sanción era un bando municipal que preveía la imposición de una multa de 1 a 50 días de salario mínimo a quien "sin permiso, pegue, cuelgue, distribuya o pinte propaganda de carácter comercial o de cualquier otro tipo en edificios públicos, portales, postes de alumbrado público, de la Comisión Federal de Electricidad, de la Compañía de Luz y Fuerza, de teléfonos, de semáforos; pisos, banquetas, guarniciones, camellones, puentes peatonales, pasos a desnivel, parques, jardines y demás bienes del dominio público federal, estatal o municipal".⁴⁶

Como se destaca en la sentencia, el asunto exigía fundamentalmente dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿es constitucional una norma municipal que exige solicitar permiso previo a las autoridades municipales para difundir o repartir documentos en la vía pública (en el caso, las octavillas y cuadernillos antes referidos)? ¿Vulnera la norma municipal cuestionada las libertades de expresión e imprenta y/o la libertad religiosa, de modo que le corresponda a la Suprema Corte conceder el amparo de la justicia federal?

Por unanimidad de votos, la Primera Sala estimó que el comportamiento del quejoso se inscribía dentro del ámbito de ejercicio de las libertades de expresión e imprenta, por un lado, y de la libertad religiosa, por el otro, y concluyó que la norma municipal no constituía una limitación aceptable a las mismas. Dejando ahora de lado las cuestiones de libertad religiosa, hay que destacar que el razonamiento de la Corte sobre la libertad de expresión arranca con consideraciones del todo análogas a las vertidas por los Ministros Cossío y Silva en el voto particular suscrito en el caso de la bandera. En ellas resulta, por tanto, claramente trazable el entendimiento general de la libertad desarrollado en la jurisprudencia del sistema—la sentencia transcribe un fragmento del caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile* así como el artículo 13 de la CADH, justo después de transcribir los artículos 6 y 7 de la CPEUM, y enfatiza la especial posición y la doble dimensión de la libertad de expresión en una democracia constitucional—.

⁴⁶ Fracción X del artículo 123 del Bando municipal de la ciudad de Toluca de 30 de enero de 2006.

Tras ello la Sala estima imprescindible destacar otras dos facetas de la libertad de expresión: en primer lugar, que protege no solamente el acto "estático" de expresar o comunicar lo que uno estime conveniente, sino también la actividad consistente en *divulgarlo* por cualquier medio; en segundo lugar, que respetar y garantizar las libertades de expresión e imprenta exige del Estado tanto obligaciones positivas como obligaciones negativas, una de las cuales, por su importancia, es plasmada explícitamente por los textos fundamentales: la prohibición de censura, que impide al Estado someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar previamente un permiso a la autoridad.

Sentadas estas bases, la Sala analiza el contenido de la norma sancionadora aplicada al repartidor y concluye que, aunque la emisión de la norma del bando puede asociarse con la persecución de fines constitucionalmente válidos, no es un medio constitucionalmente admisible porque, junto con medidas que podrían estar justificadas, incluye otras que no lo están a la vista de esos objetivos, erigiéndose en una previsión sobre-incluyente que impone condiciones injustificadas a la expresión y difusión de escritos y obstaculiza el ejercicio normal de la libertad religiosa.⁴⁷ Desde la perspectiva del rango de conductas que constituían instancias de ejercicio de la libertad religiosa y la libertad de expresión, resultaba una herramienta ilegítima de censura previa estatal. Veamos en su tenor literal el razonamiento de la Corte:

(...)el objetivo de la norma es velar por el buen uso, limpieza y adecuada preservación de los bienes de dominio público federal, estatal o municipal, o de bienes que, pudiendo ser en estricto sentido privados, están en el espacio público y están vinculados a la prestación de servicios públicos. Aunque la mayoría de prohibiciones que contempla guardan, efectivamente, una conexión racional con este legítimo objetivo, existe una que no la guarda, y es precisamente la que justificó la imposición de la multa al quejoso.

En efecto: la prohibición de pegar, colgar o pintar propaganda de cualquier tipo en edificios públicos, postes, vías públicas o jardines constituye un medio racionalmente conectado con el objetivo antes identificado, aunque habría

⁴⁷ Pág. 16 de la sentencia.

que discutir –este es un extremo sobre el que no nos compete pronunciarnos en el presente asunto, al quedar al margen de la litis– si respeta también la relación de proporcionalidad que debe existir en toda medida que restringe derechos en aras de la protección de otros derechos y bienes.

Sin embargo, la norma prevé junto a las anteriores prohibiciones, la imposición de la citada multa a quien "*distribuya*" propaganda "*comercial o de cualquier otro tipo*". Y es así como pasa a alcanzar la prohibición y sanción de una conducta que está en el núcleo del ordinario ejercicio de las libertades de expresión e imprenta y que hace parte del normal despliegue de la libertad religiosa, cayendo dentro del ámbito de una prohibición constitucional expresa y puntual: la prohibición de censura previa. Ninguna analogía puede trazarse entre las actividades de pegar o colgar documentos, o pintar, en bienes del dominio público, y la muy distinta actividad de circular o pasear por la calle y repartir a la ciudadanía un texto que contiene un documento religioso y una invitación a asistir a un concierto. Las primeras implican efectivamente el uso de superficies de uso público, y un uso que no sólo implica un desgaste y envejecimiento de las mismas, sino también una limitación a la posibilidad de que otros ciudadanos puedan hacer de ellas un uso idéntico; de manera que la acción coordinadora y eventualmente proscriptora o sancionadora que el Estado pueda desplegar no pueda ser, de entrada, descartada.

La segunda actividad, en cambio, no supone hacer un uso (y lógicamente, menos un desgaste) de ningún tipo de superficie de uso público más allá de la ocupación transitoria de las vialidades inherentes al derecho a circular por las mismas, que es además, en circunstancias ordinarias, absolutamente compatible con la posibilidad de que todos los demás ciudadanos hagan lo mismo. Se trata en otras palabras, de una instancia central y "pura" de difusión de ideas, en este caso religiosas, respecto de la cual la prohibición de censura previa se proyecta también con toda su centralidad y pureza. Sin embargo, al someter la posibilidad de desplegarla a la necesidad de solicitar un permiso previo a las autoridades municipales, que éstas podrán graciosamente conceder o negar, es muy claro que la norma se erige en un mecanismo de censura incompatible con el texto fundamental.⁴⁸

⁴⁸ *Ibid.*, págs. 33-34.

Con buen criterio la Corte estima innecesario en este caso someter la norma (en el fragmento que resulta relevante desde la perspectiva de las libertades en liza) al análisis de adecuación y proporcionalidad medios-fines prescrito por los criterios generales de aceptabilidad de límites, porque el bando cae dentro del caso general previsto por la regla específica que prohíbe la censura, plasmada en el artículo 13 de la CADH. Una regla cuya racionalidad de transfondo es que, se haga como se haga la ponderación de principios, el establecimiento de controles previos sobre los mensajes caerá siempre fuera de la zona de razonabilidad.

El primer paso del test tripartito, que exige una cobertura legal clara y precisa, es objeto de atención en la última parte del razonamiento transcrito. La Corte destaca que la inconstitucionalidad de la norma por constituir un mecanismo de censura previa no variaría si cambiara la posición jerárquica del precepto, pero no ve sobranste destacar su rango reglamentario y la ausencia de una genealogía legal clara⁴⁹ —con anterioridad la Sala había subrayado también "la ausencia de criterios que guíen y fijen límites a la autoridad administrativa respecto de las razones por las cuales debe conceder o negar el permiso [...] lo cual deja el ejercicio de los derechos fundamentales a la ventura de la decisión que tengan a bien tomar las autoridades municipales"—.⁵⁰

La sentencia, en conclusión, constituye un ejercicio de la jurisdicción constitucional que, sin que en el plano explícito repose *in extenso* en el aparato doctrinal del SIDH, tampoco es ajeno a él (pues se cita la CADH y una sentencia de la Corte IDH) y que, sobre todo, resulta en los hechos en todo compatible con los estándares desarrollados en su seno.

3. El caso del periodista de Acámbaro y otros casos sobre leyes de imprenta

Como hemos anunciado, la Corte emitió en 2009 una sentencia en la cual, con explícita aplicación de estándares del SIDH en estrecha conjunción con las normas

⁴⁹ *Ibid.*, pag. 34-35.

⁵⁰ *Ibid.*, pág. 17.

constitucionales mexicanas, se ampara al director de un periódico que había sido condenado a indemnizar a un expresidente municipal por la publicación de una entrevista a un antiguo empleado suyo, quien hacía declaraciones que al ex funcionario le parecieron injuriosas.⁵¹ La Corte declara, además, inconstitucionales varias previsiones de la ley de imprenta del Estado de Guanajuato.

Aunque más adelante diré algo más sobre esta (justamente celebrada) decisión, me parece más conveniente dedicar el grueso de esta sección a subrayar que la misma se inscribe en una línea de fallos sobre responsabilidad civil y penal –decididos bajo el paraguas de leyes sobre delitos de imprenta, el código civil o, más recientemente, leyes específicas como la que existe en el Distrito Federal– cuya trayectoria en el último lustro es esperanzadora pero corta y de azaroso inicio. La resolución de esta clase de controversias debe seguir siendo monitoreada con mucha atención porque se inscribe en una parcela del derecho donde persisten todavía regulaciones legales y reglamentarias problemáticas que la jurisprudencia constitucional va a tener que seguir contrapunteando con cuidado, razón por la cual hay que esperar que se consoliden los criterios más recientes.

No hay que olvidar que apenas en octubre de 2006, un mes antes de que la Corte decidiera el caso del repartidor de octavillas, la Primera Sala emitió por ejemplo una resolución en la que declaró que los artículos 1 y 6 de la Ley (federal) sobre Delitos de Imprenta eran constitucionales, porque se limitaban a desarrollar el concepto de "vida privada", sin rebasar –como alegaba que lo hacían el quejoso– los artículos 6 y 7 de la Constitución Federal.⁵² El razonamiento que sustenta el fallo no puede ser más lejano a los parámetros de enjuiciamiento que orientan nuestro análisis. Después de declarar inoperantes por varias razones la inmensa mayoría de planteamientos (incluido aquél en que el quejoso alegaba que la Ley de Imprenta protegía la vida pública de los funcionarios, y no sólo la vida privada, como preveía la Constitución), la Corte señala que por lo demás los citados artículos 1 y 6 no contradicen la Constitución porque constituyen un "desarrollo" de esta última:

⁵¹ Amparo directo en revisión 2044/2008, fallado por la Primera Sala de la Corte el 7 de junio de 2009.

⁵² Amparo directo en revisión 1580/2003, fallado el 5 de octubre de 2006.

La Constitución al prever la garantía de libertad de imprenta sólo precisó como límites de esta los conceptos de precisados en el párrafo anterior, y al no desarrollar tales conceptos, correspondió al legislador secundario tal tarea [...] En este sentido, le asiste la razón al Tribunal Colegiado al afirmar que los artículos impugnados no trasgreden [...] la Constitución, pues no es verdad que rebasen lo dispuesto en tales preceptos primarios, sino que cumplen con la finalidad de las normas reglamentarias, que consiste en detallar, precisar y sancionar los principios o conceptos que contiene la Carta Magna, con el fin de establecer los medios necesarios para la aplicación del precepto constitucional que regulan.⁵³

El voto particular que suscribió el Ministro Cossío denuncia el estándar de constitucionalidad aplicado en el caso (según el cual, como hemos visto, lo único que debe quedar comprobado es que una norma legal constituye un "desarrollo" de la Constitución) y hace una evaluación alternativa de los argumentos del quejoso. Citando jurisprudencia constitucional comparada, criterios del SIDH, sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y obras doctrinales, extrae y detalla las razones por las cuales los artículos citados vulneran la libre expresión. Su razonamiento es análogo al que la Sala desarrollaría en el 2009, bajo su ponencia, al analizar en el caso Acámbaro la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato. El Ministro Gudiño formuló por su parte un voto concurrente en el que, no obstante echar en falta una profundización en los argumentos, concluía que la ley no transgredía lo que podía entenderse incluido en la noción de "protección de la vida privada".

Y en noviembre de 2008, la Primera Sala decidió de modo esquivo un amparo en el que, de nuevo, debía resolverse un conflicto entre honor y libertad de expresión.⁵⁴ El asunto traía causa de un juicio indemnizatorio interpuesto por una persona que había sido presentado en un periódico de Tabasco como acosador sexual. Los jueces civiles y el Tribunal Colegiado estimaron que no existía "hecho ilícito", puesto que los hechos difundidos "eran ciertos" y las expresiones, siendo ofensivas, no eran ilegales ni contrarias a la Constitución. La Corte interpretó que los

⁵³ Pág. 31 de la sentencia.

⁵⁴ Amparo directo en revisión 1496/2008, fallado por la Primera Sala el 5 de noviembre del 2008.

agravios formulados en vía de recurso eran en parte inoperantes por aludir a problemas de mera legalidad y en parte infundados, en tanto denunciaban "omisiones de estudio" de argumentos por parte del Tribunal Colegiado que no estimaba acreditadas.⁵⁵

El Ministro Cossío suscribió, de nuevo, un extenso voto particular en el que desmenuzaba los argumentos de las instancias judiciales precedentes, sostenía que el razonamiento de la mayoría incurría en peticiones de principio y se valía de un utillaje conceptual y argumental inadecuado. Con independencia del modo en que hubiera que efectuar el balance final entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información, apuntaba Cossío, la mayoría no partía de los estándares constitucionales adecuados ni de un esquema de relación adecuado entre Ley de Imprenta y Constitución, y por lo tanto no quedaban bien fijadas las cuestiones que había que probar y argumentar. En este voto particular aparece, de nuevo, la referencia a estándares del SIDH que siete meses después se integrarían a la parte central de la sentencia, votada por unanimidad, recaída en el caso "Acámbaro".⁵⁶

El caso del periodista de Acámbaro, en efecto, es un amparo en el que todo el razonamiento de la Corte pone de la mano la Constitución y los estándares del SIDH. Como hemos anunciado, el asunto derivaba de una condena penal al director de un periódico por lo que se consideró (en términos de la ley guanajuatense sobre delitos de imprenta) un "ataque a la vida privada" de un expresidente municipal de Acámbaro, por haber publicado una entrevista a un antiguo empleado suyo.

La Corte dedica la parte considerativa inicial a destacar cuestiones generales sobre la fuerza normativa de la Constitución, el papel que debe jugar la ley en la regulación de los derechos o el modo en que debe abordarse la resolución de los conflictos de derechos bajo la Constitución. Considerando que el Tribunal Colegiado fundamentaba su fallo en un entendimiento erróneo del contenido de los derechos al honor, a la intimidad y a la libertad de expresión, la sentencia los desarrolla desde otros parámetros citando extensivamente —en el caso de la libertad de

⁵⁵ Considerando quinto de la resolución, págs. 18-32.

⁵⁶ Pág. 15 del voto particular.

expresión— la doctrina interamericana sintetizada en el primer apartado de este trabajo. Con posterioridad la Corte enuncia, de nuevo en línea con los estándares del SIDH, las estrictísimas condiciones que una expresión de crítica a un funcionario público —en principio merecedora de un "plus" de protección— puede ser limitada (necesidad de que las limitaciones tengan cobertura legal clara, exigencia de que el emisor del mensaje actuara con un estado subjetivo específico, necesidad de que el daño que se alega sea material y quede acreditando, doble juego de la *exceptio veritatis*, etcétera) y concluye que en el caso no quedan superadas, además de que las declaraciones publicadas se relacionaban con temas de alto interés desde la perspectiva de la gestión política del funcionario involucrado. Finalmente, la Corte desarrolla las razones por las cuales la Ley de Imprenta de Guanajuato era inconstitucional y debía por ese motivo haber sido inaplicada en el caso.

Como hemos apuntado la RELE incluye en su informe anual un comentario de esta sentencia desde la perspectiva de la incorporación de estándares al que remitimos en este punto (anexo I).⁵⁷

Pocos meses después, la Corte decidió otro caso, también muy conocido, que enfrentaba a una ex primera dama del país con una periodista y un semanario de amplia circulación a raíz de la publicación de datos que ella consideraba invasores de su vida privada.⁵⁸ Tras un largo juicio indemnizatorio el caso llegó a la Corte y la Primera Sala negó el amparo sobre la base de las premisas generales sentadas en el caso de Acámbaro, aunque el derecho relevante ahora fuera la intimidad, no el derecho a la reputación. La Sala expone y justifica por qué las razones que justifican que los funcionarios o las personas de otro modo involucradas en la gestión pública tengan, *prima facie*, un grado menor de resistencia frente al derecho a la libre expresión se aplican también a las "personas públicas" o de "notoriedad pública". Sin embargo, puntualiza que ello no las priva de su derecho a mantener ciertas cosas protegidas del conocimiento del público y que, por lo que concierne al contenido del mensaje, no hay que pensar que es de "interés público" todo lo que

⁵⁷ RELE, Informe Anual 2009, cap. V, apartado 5 (párrs. 81-99)

⁵⁸ Véase el amparo directo 6/2009, relacionado con el amparo directo 12/2009, fallados por la Primera Sala de la Corte el 7 de octubre del 2009.

es del "interés del público". Uno de los criterios que ayudan a efectuar la ponderación, señala la Sala, es tener en cuenta la actitud que ha tenido el propio afectado en el pasado en cuanto a la reserva o difusión de ciertos datos relacionados con su vida privada. Tras ponderar éste y otros factores en el caso concreto, la Sala niega el amparo al personaje público. De nuevo, remitimos al lector al comentario de la RELE sobre este caso (anexo 2).⁵⁹

4. El caso de las esquelas

El llamado "caso de las esquelas", de mayo del 2010, me parece también digno de atención porque aborda, de nuevo, temas de algún modo relacionados con censura previa (así venía inicialmente construido el caso, aunque la Corte –acertadamente a mi juicio– declaró la insuficiencia de esta perspectiva de análisis) pero sobre todo porque en él la Primera Sala sienta un criterio para orientar la resolución de conflictos de derechos entre particulares, lo cual la convierte, estimo, en una resolución relevante desde la perspectiva del deber estatal de *garantía* –que insta al Estado a adoptar medidas que protejan a los ciudadanos contra intromisiones a derechos provenientes de otros particulares– y, en general, desde una perspectiva preocupada por sentar reglas que minimicen las restricciones indirectas a la libre y amplia difusión de ideas.⁶⁰

La controversia derivaba de la publicación en un periódico de dos esquelas en las que una asociación extendía su pésame por el fallecimiento de una persona, que "se sumaba a las cifras de este mal del siglo".⁶¹ El afectado –no fallecido– demandó a la empresa propietaria del periódico una indemnización por daño moral. La Juez civil falló en favor del periódico, señalando que las esquelas constituían una inserción pagada por un tercero, mediante la cual se transmitía una información de carácter personal, no una información periodística elaborada por personas vinculadas profesionalmente al periódico, y que éste fungía exclusivamente

⁵⁹ RELE, Informe Anual 2009, cap. V, apartado 6 (párrs. 100-114).

⁶⁰ Amparo directo en revisión 1302/2009, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte el 12 de mayo del 2010.

⁶¹ Sigo aquí, en líneas generales, la síntesis que encabeza el voto concurrente que el Ministro Cossío Díaz formuló en este asunto.

como un medio para que un tercero expresara sus condolencias. La Juez concluyó que la publicación de la esquila no constituía un "acto ilícito" en los términos exigidos por las reglas civiles sobre indemnización por daño moral y su decisión fue confirmada en apelación.

Llegado el caso a la justicia federal, un Tribunal Colegiado concedió un primer amparo para el efecto de que la Sala de apelación volviera a fallar omitiendo fundar su razonamiento en el Código Civil del Distrito Federal. La Sala dictó entonces una nueva resolución según la cual la publicación de las esquelas se había hecho de forma maliciosa en términos de la Ley sobre Delitos de Imprenta y constituían un ataque a la vida privada y a la moral, debiendo el director del periódico responder civilmente por ellas. Si el periódico, a cambio de dinero, se prestaba a ser usado para que una persona insultara y menoscabara la honra y la vida privada de otra, decía la Sala civil, debía ser responsable por ello: la empresa demandada debió haber verificado que las esquelas no ofendieran la moral, los sentimientos y la honra del actor.

Las dos partes interpusieron un nuevo amparo directo y en esta ocasión el Tribunal Colegiado otorgó el amparo al periódico porque estimó que la Sala civil había omitido analizar la gravedad de la culpa que le atribuía, en relación con el incumplimiento del deber de cuidado a que estaba sujeto: verificar que el contenido de las esquelas no fuera ofensivo o tuviera la intención de ofender. A pesar de esta estimación parcial de sus pretensiones, la empresa interpuso revisión ante la Corte, alegando fundamentalmente que la sentencia del Colegiado la obligaba a ejercer censura previa –constitucionalmente vedada– pues le imponía, bajo amenaza de sanción, un deber de verificar que el contenido de las esquelas que le eran contratadas no fuera ofensivo. La Corte tuvo entonces la oportunidad de evaluar si la interpretación de la Constitución efectuada por el Tribunal Colegiado era o no correcta.

Como apunta el Ministro Cossío en su voto concurrente, la pregunta constitucional esencialmente planteada obligaba a determinar si la libertad de expresión y la prohibición de censura previa establecidas en el artículo 7o. de la CPEUM vedan que un periódico sea declarado responsable y obligado a indemnizar

afectaciones a terceros derivadas del contenido de las inserciones en formato "esquela" contratadas por los particulares.⁶²

La sentencia de la Primera Sala apunta al empezar que el paradigma de la prohibición de censura previa no permite por sí mismo resolver integralmente el conflicto de derechos que se plantea en este tipo de escenario –por ser una regla fundamentalmente referida al ámbito de las relaciones entre poderes públicos y particulares, no al ámbito de las relaciones entre particulares y otros particulares–⁶³ y en congruencia con ello sustenta la argumentación en una exploración del contenido del derecho a la libertad de expresión (citando el caso del repartidor de oactavillas) y en una especie de derivación de las decisiones que uno debe adoptar para no aminorar en ninguna medida superior a la necesaria su fuerza normativa en un contexto atento a las particularidades de los sujetos, mensajes y entornos. Los derechos fundamentales, se señala, vinculan en las relaciones entre particulares, pero no de una manera fija y predeterminada.⁶⁴

La Sala subraya que la posición legal de los periódicos frente a particulares por motivos ligados a los contenidos que publican es muy variada porque la relación que los une con los autores de esos contenidos (editorialistas, columnistas, ciudadanos que escriben cartas al director...) es también muy variada, y porque la resistencia de la libertad de expresión frente a los derechos de la personalidad también depende del tipo de contenido informativo o expresivo.⁶⁵ Atendidas las características de las inserciones tipo "esquela", la Primera Sala sostiene que en estos casos los periódicos actúan esencialmente como vehículos, como medios transmisores de mensajes que otras personas desean difundir,⁶⁶ y que la definición de su estatuto jurídico debe equilibrar los derechos de los contratantes con los de los potenciales afectados.

Desde esa perspectiva, la Corte opina que imponer a los diarios el deber de verificar el contenido no ofensivo de las inserciones –como había sostenido el Tribunal

⁶² Pág. 3 del voto concurrente.

⁶³ *Ibid.*, pág. 4

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 5.

⁶⁵ *Ibid.*, pág. 51.

⁶⁶ *Ibid.*, pág. 52.

Colegiado— obstaculizaría en demasía el mantenimiento de los periódicos como espacios de comunicación ciudadana.⁶⁷ La necesidad de no hacer nugatorios los derechos de los potenciales afectados se satisface con la adopción de dos medidas preventivas: a) solicitar a los contratantes sus datos básicos de identificación, de modo que de quienes se sientan afectados por las informaciones u opiniones publicadas sepan a quién reclamar y b) cerciorarse de que el texto publicado corresponde con aquel cuya publicación le fue solicitada —esto es, no publicar algo distinto a lo que se le entrega—. Si el periódico no satisface estos dos deberes básicos, entonces él mismo asume el riesgo de tener que responder por los daños que potencialmente puedan derivar de las inserciones y puede ser judicialmente demandado por ello (aunque sólo será finalmente responsable, aclara la Corte, cuando los tribunales concluyan que el conflicto de derechos no puede librarse a favor de la libre expresión).

El caso de las esquelas suscitó un debate muy intenso en la Primera Sala, del que son testimonio los votos concurrentes de los Ministros Cossío y Silva y el voto particular del Ministro Zaldívar, todos ellos interesantes y ocupados en una discusión que muestra a una Corte inmersa en un universo jurídico muy distinto al que imperaba cuando se resolvió el caso de la bandera o el ADR 1580/2003. Aunque no hay una presencia explícita de los estándares interamericanos, los criterios sentados por la Corte me parecen ampliamente celebrables desde la perspectiva marcada por ellos. La Corte aplica, en los hechos, un test de proporcionalidad —aunque no lo explicita todos sus pasos— con especial atención a las nociones de "necesidad" y "mínima interferencia" —aunque, de nuevo, la sentencia no haga uso de estas etiquetas canónicas— lo que la lleva a desechar el criterio interpretativo seleccionado por el Tribunal Colegiado y a adoptar uno menos restrictivo desde la perspectiva de la libertad de expresión.

Con independencia de si la regla de la prohibición de la censura previa ofrece o no guías directas para resolver conflictos de derechos en las relaciones entre particulares (me inclino por pensar que no), la racionalidad de trasfondo de la regla

⁶⁷ Pág. 11 del voto concurrente del Ministro Cossío Díaz.

que prohíbe la censura y en general los controles *ex ante* a la libre expresión parecen apoyar el tipo de decisión adoptada. Convalidar el deber de los periódicos de revisar las inserciones a la luz de un estándar tan vago y subjetivo como el de la "no ofensividad" llevaría a buen seguro a restringir o encarecer desproporcionadamente el acceso de los ciudadanos a esos espacios, con una merma para la circulación de ideas e información. El establecimiento de controles de forma –no de fondo– y de reglas claras de responsabilidad, además, provee seguridad jurídica, que es uno de los bienes genéricos que el primer paso del test tripartito interamericano desea salvaguardar.

Analizar a la luz de los estándares casos como el que comentamos será cada vez más relevante, pues más allá de citar los tratados o la jurisprudencia del SIDH, lo esencial es que los estándares se hagan sentir en el día a día de la aplicación del derecho y vayan dando cuerpo a la que es quizá la principal obligación de los Estados: adaptar a ellos su ordenamiento interno, para que los mecanismos institucionales el sistema –siempre subsidiarios– sean cada vez más innecesarios.

IV. CONCLUSIÓN

La selección de sentencias que he presentado en este trabajo esboza un panorama no exhaustivo pero sí representativo del modo en que la Suprema Corte mexicana ha enfrentado y resuelto en los años recientes casos de libertad de expresión.

Nuestro análisis encuentra instancias aplicativas del derecho muy distintas en un período de solamente cinco años y, desde la perspectiva de los estándares interamericanos, ejemplos que están en extremos opuestos: así, si el caso de la bandera ejemplifica un tipo de decisión ajena a ellos, con una Corte que no halla el modo de cuestionar una norma penal que disuade a todos y acalla la disidencia individual, los casos de Acámbaro o el amparo interpuesto por la ex primera dama son mencionados por la RELE como instancias relevantes de incorporación de los mismos a los ordenamientos internos.

Con todo, es indudable que la muestra transpira un indudable sentido general de progreso: los criterios que quedaron en minoría en el caso de la bandera

o en el ADR 1580/2003, apoyados en los estándares del SIDH, fueron acogidos poco tiempo después por mayorías unánimes, y la aproximación abstracta, formalista y "legalista" que hemos detectado todavía en algunas sentencias ha dado paso a discusiones (por ejemplo la que se desarrolló a raíz del caso de las esuelas) que pueden empezar a ser analizadas en términos de integración "sofisticada" de los estándares. El avance no es siempre lineal, como muestra la ordenación cronológica de las decisiones comentadas pero –al menos en el campo de la libertad de expresión que hoy nos ha ocupado– la Primera Sala de la Suprema Corte no parece andar tan desencaminada.



*Libertad de pensamiento
y expresión: monopolios de
medios de comunicación*

*(Análisis de la Acción de
Inconstitucionalidad 26/2006)*

ANDREA ZAMBRANA CASTAÑEDA*

* Magistrada del Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región.

I. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

A punto de concluir la primera década del siglo XXI, parece impensable cuestionar que uno de los efectos, ciertamente benéficos, de la creciente y omnipresente globalización es la adopción de criterios y lineamientos en materia de derechos humanos a nivel mundial.

Esto es, los tribunales constitucionales del mundo entero ya no sólo resuelven con la mirada puesta en las circunstancias y condiciones específicas del país de que se trate, sino que cuentan con los criterios y precedentes que se han generado en otros lugares, que obedecen a circunstancias y hechos similares, y que se han convertido en una fuente muy rica y útil para decidir los casos que se les presentan, cuidando siempre que su aplicación al caso concreto no signifique una extrapolación carente de sentido lógico o jurídico.

Por otro lado, con independencia de la discusión teórica alrededor del estado que guarda la incorporación del derecho internacional al derecho interno de

los países, lo que por supuesto implica el estudio de los conceptos de soberanía, supremacía constitucional, no intervención, etcétera, lo cierto es que, en la práctica jurisdiccional mexicana, los precedentes internacionales en materia de derechos humanos han sido aceptados y aplicados cotidianamente, poco a poco, en un proceso que refleja la paulatina influencia que estos criterios van ejerciendo tanto en los abogados postulantes como en los Jueces.

Dicho en palabras de los académicos, "Las relaciones de los tribunales supranacionales (internacionales y transnacionales) con los de carácter nacional resulta trascendental, ya que la eficacia de la jurisprudencia de los primeros incide sobre los segundos sea de manera directa o indirecta".¹

En estas condiciones, a fin de constatar qué tan cercanos o qué tan alejados están los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de los estándares internacionales, específicamente en relación con la existencia de monopolios en materia de radio y televisión y, la forma en que éste fenómeno que, a primera vista, repercute solamente en la economía de una sociedad, tiene consecuencias indirectas para la libertad de expresión, conviene tener presente el marco normativo que la comunidad internacional ha construido sobre el asunto, entendiendo por marco normativo aquellos artículos expuestos que protegen el derecho de libre expresión, cuyos textos han sido aprobados por los distintos países que han suscrito los instrumentos respectivos, a saber: el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,² el 13

¹ Fix Zamudio Héctor – Ferrer Mac-Gregor Eduardo, *Las Sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 81.

² Artículo 10. Libertad de expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan derechos y responsabilidad, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³ e, inclusive, el 9 de Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos,⁴ aun y cuando este último no se encuentre estrictamente en nuestro ámbito territorial.

Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal cuya jurisdicción ha reconocido nuestro país, ha realizado la interpretación del artículo 13 de la Convención de San José tomando en cuenta, inclusive, los criterios emitidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en este sentido, la Corte Interamericana ha dejado claro que la interpretación de este derecho debe hacerse siempre atendiendo al principio *pro homine* y considerando la triple función que desempeña la libertad de expresión en un sistema democrático, esto es, que el ejercicio de este derecho supone: 1) el derecho a pensar por cuenta propia y compartir con otros nuestras ideas; 2) una relación estructural con la democracia, que posibilita el fortalecimiento de sistemas plurales y deliberativos en los cuales el Estado garantiza las condiciones para que las ideas y la información circulen libremente y, 3) que es un derecho que garantiza el ejercicio de todos los demás derechos fundamentales.⁵

³ Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

⁴ Artículo 9.

1. Todo individuo tendrá derecho a recibir información.

2. Todo individuo tendrá derecho a expresar y difundir sus opiniones, siempre que respete la ley.

⁵ *Cfr.* Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. (Informe de la Relatoría especial para la libertad de expresión). Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 diciembre 2009. Pp. 224-226.

Ha determinado, igualmente, que la libertad de expresión tiene dos dimensiones: la individual, y la social, y que ambas deben ser garantizadas simultáneamente dado que el ejercicio de esta libertad a nivel individual como para la sociedad es concomitante.⁶

Además, siempre en relación con la interpretación que debe darse al artículo 13 de la Convención de San José, el tribunal citado ha estimado que este derecho no es absoluto y, por tanto, pueden existir ciertas limitaciones al ejercicio del mismo, siempre que dichas limitaciones: 1) no se equiparen a una censura previa; 2) no resulten discriminatorias; 3) no se impongan a través de medios indirectos y; 4) sean excepcionales.

La prohibición de que las limitaciones a la libertad de expresión sean implementadas mediante medios indirectos, se refiere a cualquier restricción a la libre circulación de las ideas establecida, por ejemplo, mediante el otorgamiento o concesión de bandas de frecuencia en materia de radiodifusión. Sobre este particular, la Corte Interamericana se ha pronunciado de manera expresa en el sentido de que aun y cuando los actos de restricción provengan de particulares, el Estado está obligado a actuar como garante de la libertad de expresión y su deber es combatir y/o prevenir este tipo de conductas.⁷

Así, la jurisprudencia interamericana se ha referido en diversas ocasiones a las medidas de carácter estatal que pueden constituir medios indirectos para restringir o limitar la libertad de expresión, y también ha identificado como un obstáculo para su óptimo ejercicio, la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, motivo por el cual, ha manifestado en forma reiterada, que los mecanismos previstos para las asignaciones de bandas

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30 a 34.

⁷ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ríos y otros *vs.* Venezuela. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párrs. 107 a 110 y 134. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C no. 195, párrs 118 a 121 y 367.

de frecuencia para radio y televisión deben garantizar la participación plural y democrática de todos aquellos interesados en obtenerlas.

Esta participación plural, supone, por un lado, la igualdad de oportunidades para todos los miembros de la sociedad interesados en participar en la actividad de radiodifusión, así como que los órganos reguladores en la materia de radiodifusión sean independientes e imparciales y, por otra parte, que se prohíba o impida la concentración monopólica de los medios de comunicación.

En relación con estos últimos, la Corte Interamericana considera que los medios de comunicación deben ser "...verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla..."⁸ y, que es el Estado quien debe garantizar las condiciones óptimas para la libre circulación de las ideas, en tanto la diversidad de voces y la participación de todos los grupos y minorías que integran a la sociedad en el debate público, fortalecen el desarrollo de sociedades y Estados democráticos.

Asimismo, es claro que el estándar internacional, por lo que hace a la regulación en materia de radiodifusión, ha sido el de procurar que ésta este prevista en ley, entendida tanto en sentido material como formal, esto es, que sea expedida por el órgano legislativo constitucionalmente previsto para tal efecto, de forma tal que la reglas en esta materia sean claras, precisas y del conocimiento público.

Las leyes sobre radiodifusión, para cumplir con el propósito de garantizar el óptimo ejercicio de la libertad de expresión, deberán tener entre sus finalidades las de: fomentar la pluralidad de voces, la diversidad de éstas y la no discriminación. Dicho de otra manera, deberán prever medidas antimonopólicas (diversidad de voces), medidas de inclusión social (diversidad de las voces) y, acceso en condiciones de igualdad a los procedimientos de licitación de bandas de frecuencia (no discriminación).

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", *op. cit.*, parr. 34.

Sobre el tema específico de asignación de concesiones para radio y televisión, dado el impacto que tiene sobre el derecho a la libertad de expresión tanto en su aspecto individual como colectivo, se ha recomendado que los procedimientos (licitaciones), se encuentren preestablecidos (en ley), sean públicos y transparentes, garanticen igualdad de oportunidades para todos los interesados, no tomen como factor principal para determinar el vencedor al económico, así como que se establezcan plazos de duración de las concesiones que permitan al concesionario recuperar su inversión sin estar sujeto a presiones arbitrarias. Recomendaciones que también son aplicables a los procedimientos de renovación o refrendo de los títulos de concesión otorgados.

Respecto a la conversión tecnológica o cambio de tecnología análoga a digital, los organismos internacionales han estimado que los Estados deben procurar encausarla y promoverla siempre respetando los criterios de pluralidad y diversidad de voces, para que el debate público que garantiza el desarrollo de una sociedad democrática no se vea impedido o vulnerado.

Debe hacerse notar que, en materia de radiodifusión y en relación con las características que debe contener su regulación, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han señalado expresamente la conveniencia de que se legisle en materia de radiodifusión comunitaria, para garantizar que estos grupos, habitualmente comunidades indígenas y en condiciones de marginación social, puedan tener acceso en condiciones de igualdad a la asignación de frecuencias de radiodifusión que les permitan tener una voz en el debate público del país de que se trate.

Finalmente, conviene reseñar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también se ha pronunciado sobre el derecho a la libertad de expresión y su relación con los medios de comunicación, mismos que ha conceptualizado como el soporte técnico del contenido de la comunicación.

Sobre este tema, ha distinguido dos aspectos, por un lado, el derecho a recibir información (contenido) a través de cualquier medio de comunicación existente, por el otro, el derecho a establecer u operar un medio de comunicación, situación que implica la prohibición de monopolios en los medios de radiodifusión.

En relación con el segundo aspecto, el criterio del Tribunal Europeo ha sido, más allá de reconocer que la asignación de bandas de frecuencias depende, necesaria y técnicamente, de la disponibilidad del espectro y que corresponde al Estado regular la actividad de radiodifusión (al constituir un servicio público), que a partir de los avances tecnológicos, las restricciones para la obtención de licencias en materia de radiodifusión no pueden sustentarse en la mera escasez de frecuencias, y que, en todo caso, debe procurarse siempre el pluralismo de voces en esta actividad.⁹

Estos son, a grandes rasgos, los criterios que constituyen los estándares internacionales en materia de libertad de expresión, específicamente referidos al papel que juegan para el ejercicio de ésta los medios de comunicación y la regulación de los procedimientos para la obtención de las concesiones en materia de radiodifusión, en tanto operen como medios indirectos que limiten el ejercicio de este derecho.

II. ANÁLISIS DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 26/2006

1. Antecedentes y hechos

En México, la acción de inconstitucionalidad¹⁰ está prevista como un medio de control de la constitucionalidad de las normas generales, de carácter eminentemente abstracto, por medio del cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede declarar la nulidad del precepto o preceptos impugnados, con efectos generales, esto es, si llegara a declararse –por votación calificada de ocho Ministros– la nulidad de la norma o normas cuya invalidez se demandó, ésta o éstas son expulsadas del orden jurídico.

⁹ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Radio AG y otros contra Groppera Suiza (Aplicación no. 10890/84)*. Sentencia de 28 de marzo de 1990; e *Informationsverein Lentia y otros contra Austria (Solicitud no. 13914/88, 15041/89, 15717/89, 17207/90)*. Sentencia de 24 de noviembre de 1993.

¹⁰ Prevista en el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Acción de Inconstitucionalidad 26/2006, fue interpuesta en mayo de 2006, por una minoría calificada de Senadores de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión, y a través de dicha acción, demandaron la invalidez de un Decreto que reformaba, adicionaba y derogaba diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones así como de la Ley Federal de Radio y Televisión.

La minoría parlamentaria promovente estimaba que diversos artículos de las dos leyes impugnadas resultaban violatorios de la Constitución Federal, en términos generales, porque:

- Eran producto de un proceso legislativo viciado.
- La creación del órgano regulador (Comisión Federal de Telecomunicaciones), suponía la invasión de la esfera competencial del Poder Ejecutivo.
- Las condiciones y requisitos para la nominación de los servidores públicos que desearan ser Comisionados en el citado órgano regulador, también invadían la esfera de competencias del Ejecutivo.
- Las facultades atribuidas a dicho órgano regulador resultaban excesivas y suponían un traslape con funciones específicamente encomendadas a otras dependencias del Estado.
- Con la regulación expedida por el Congreso se dificultaba la definición del mercado relevante en materia de telecomunicaciones y con ello, la posibilidad de que la Comisión Federal de Competencia pudiera intervenir oportunamente.
- Ahora bien, específicamente en relación con el tema del derecho a la libertad de expresión y acceso a la información, el grupo parlamentario inconforme también consideró que las leyes impugnadas debían ser declaradas inválidas porque:
 - ♦ El marco jurídico previsto por el legislador, estableció un esquema para el otorgamiento de concesiones y permisos en materia de tele-

comunicaciones y radiodifusión que violenta las garantías de igualdad y libre concurrencia y que, además, generaba un retraso en el proceso de convergencia tecnológica.

- ♦ El otorgamiento de las concesiones en estas materias no puede suponer el dominio absoluto sobre la banda de frecuencia asignada, de tal manera que se despoje al Estado de la rectoría sobre bienes del dominio público en materias de interés público.
- ♦ No se estableció mecanismo alguno que garantice la igualdad de oportunidades, para los pueblos y comunidades indígenas, en el acceso a la operación de medios de comunicación.
- ♦ Al imperar, para el otorgamiento de concesiones en materia de radiodifusión, un criterio meramente económico, se impide, por medios indirectos, la libre circulación de las ideas.
- ♦ No se prevén requisitos, ni proceso de licitación alguno para obtener los refrendos o prórroga de las concesiones otorgadas, lo cual concede ventajas a los concesionarios que las detentan y propicia un mercado con características monopólicas.

2. Consideraciones esenciales

La Suprema Corte una vez que determinó la procedencia del medio de impugnación, desestimó algunos conceptos de invalidez, en tanto no se obtuvo la votación requerida para declararlos fundados, consideró que el proceso legislativo no estuvo viciado, reconoció la validez de aquellos artículos que establecían la creación, facultades y características del órgano regulador y de sus miembros y, por lo que a este estudio interesa, declaró la invalidez de dos artículos de la Ley Federal de Telecomunicaciones y algunos otros de la Ley Federal de Radio y Televisión.

Ahora bien, las razones por las cuales se estimó que los preceptos de los ordenamientos mencionados resultaban contrarios al texto constitucional podemos resumirlas de la siguiente manera:

Consideró que el artículo 9-C de la Ley Federal de Telecomunicaciones, al permitir que el Senado de la República objetara el nombramiento de los Comisionados de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, invadía la esfera de atribuciones del Poder Ejecutivo, en tanto corresponde a éste dirigir la administración pública centralizada, que incluye a los órganos desconcentrados de la misma.

En relación al Segundo transitorio de la ley citada, determinó que el impedimento para nombrar Comisionados a aquellas personas que hubiesen desempeñado el cargo anteriormente, resultaba violatorio de la libertad de trabajo y constituía una norma privativa, sin que el trato discriminatorio para las personas que se hubieran desempeñado como Comisionados estuviera justificado.

Por lo que hace al artículo 17-E, fracción V, de la Ley Federal de Radio y Televisión, que establecía entre otros requisitos, el de exhibir "solicitud de opinión favorable presentada a la Comisión Federal de Competencia", estimó que tal condición era violatoria del principio de libre concurrencia, esto es, que no bastaba con la presentación de una solicitud de opinión favorable realizada ante la autoridad competente, pues ello no garantizaba que se impidieran fenómenos monopólicos o de concentración económica en el sector, sino que era necesario que se obtuviera la opinión favorable misma, pues sólo así se asegura la idoneidad del concesionario y que su participación en el mercado correspondiente no provocará fenómenos de concentración económica contrarios al interés público.

Respecto al artículo 16 de la misma ley, que preveía, por un lado, la preferencia del concesionario frente a terceros para el refrendo de la concesión y, por otro, que salvo el caso de renuncia, éste no estaba sujeto al procedimiento de licitación, se determinó que, si bien la preferencia del concesionario sobre terceros para el refrendo de la concesión no resultaba inconstitucional, era necesario que dicha preferencia operara una vez que el concesionario hubiera competido, en igualdad de circunstancias, con otros interesados por la banda de frecuencia en cuestión.

Es decir, la Suprema Corte consideró que la preferencia sólo podía funcionar cuando "...se presente un equilibrio total o una igualdad absoluta entre

varios interesados en cuanto a su idoneidad y al cumplimiento de los requisitos exigidos para el otorgamiento de la concesión,..."¹¹

Por otra parte, se estableció que al no sujetar el refrendo de la concesión a un procedimiento de licitación pública, propiciaba que los concesionarios no se preocuparan por actualizar sus programas y planes económicos, financieros y de desarrollo tecnológico y, además, hacía muy difícil el acceso de aquellos terceros interesados en la obtención de una banda de frecuencia, lo cual provocaba fenómenos de concentración económica contrarios al interés público e impedía al Estado otorgar (concesionar) el uso del bien de dominio público en las mejores condiciones de precio, calidad y oportunidad, lo cual suponía también, que la autoridad administrativa encargada de otorgar los refrendos contaba con un margen excesivo de discrecionalidad para conceder dicho beneficio, en tanto la ley no preveía los criterios o reglas que debían ser aplicadas para decidir sobre la materia.

Asimismo, la Corte consideró que en este caso se advertía una transgresión a la garantía de libertad de expresión y al derecho a la información porque:

...la radiodifusión constituye una actividad de interés público que cumple una función social de relevancia trascendental para la nación porque los medios de comunicación son un instrumento para hacer efectivos los derechos fundamentales de los gobernados. La radio y la televisión son medios masivos de comunicación que tienen importancia trascendental en la vida diaria de los individuos, por lo que el Estado, al regular el uso del bien público utilizado en esa actividad, debe garantizar la igualdad de oportunidades para su acceso y propiciar un pluralismo que asegure a la sociedad el respeto del derecho a la información y la libre manifestación de la ideas.¹²

En relación con el artículo 17-G, que preveía, para definir el otorgamiento de la concesión respectiva, que debía valorarse la congruencia entre los fines expresados por los interesados en utilizar las frecuencias para la prestación del servicio de radiodifusión y el resultado de la licitación a través de subasta pública,

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

la Corte decidió que la norma generaba, en primer lugar, incertidumbre respecto a la manera en que se decidiría el procedimiento, esto es, si el ganador sería aquel que presentara la mejor propuesta para la utilización de la banda de frecuencia (en relación con el programa oficial de concesionamiento de frecuencias), o aquel que hubiera ofrecido la mayor cantidad de dinero en la subasta respectiva, entendiendo por subasta "...una puja en el que el vencedor será quién más dinero ofrezca".¹³

Adicionalmente se consideró que, al establecerse como un elemento determinante para conceder una concesión en materia de radiodifusión, el resultado de una subasta, se violaba el principio de igualdad, pues tendrían siempre ventaja los participantes en la licitación con mayores recursos económicos, con lo que "...lejos de contribuirse a aminorar las desigualdades sociales, se propician éstas,...".¹⁴

Igualmente, se determinó que al ser el elemento económico el determinante del resultado de la licitación pública, se traicionaba la función social que cumplen la radio y la televisión, que si bien no se consideran por el derecho mexicano como servicio público, si son actividades de interés público o servicios públicos impropios. En este sentido, se estableció que "...los medios de comunicación masiva se han convertido en instrumentos claves para la satisfacción de derechos subjetivos fundamentales, concretamente de los derechos de libre expresión y de información, (...) ayudando a elevar el nivel de educación y cultura, así como a la democratización y politización de la población...".¹⁵

Sobre el particular, la Suprema Corte mexicana puntualizó que al favorecerse la concentración económica en el ramo de la radiodifusión, que supone menor pluralidad entre los que realizan la función, el Estado se ve impedido para garantizar adecuadamente el ejercicio pleno de la libertad de expresión y el

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Idem.*

derecho a la información, situación que dificulta el desarrollo democrático del pueblo mexicano.

Independientemente de las razones anteriores, también se estimó que el precepto violentaba los principios constitucionales que prohíben las prácticas monopólicas, en detrimento, una vez más, de la función social que se persigue a través de la radiodifusión.

Por otra parte, el artículo 16 de la Ley Federal de Radio y Televisión fue declarado inconstitucional, sustancialmente, por prever un término fijo de 20 años de duración para la concesión, en la medida en que, al no existir una correlación lógica entre este plazo y la inversión necesaria para el adecuado aprovechamiento del bien y el derecho del concesionario para recuperarla, este plazo se convierte en una barrera a la entrada para nuevos participantes en el mercado de radiodifusión.

Finalmente, el artículo 28 de la ley en cita, se declaró inválido pues establecía una situación de privilegio para los concesionarios en materia de radiodifusión respecto de aquellos que poseían una concesión en materia de telecomunicaciones, porque permitía a los primeros acceder a la prestación de servicios de telecomunicaciones sin sujetarse a un procedimiento de licitación y sin necesidad, inclusive, de pagar una contraprestación al Estado por esta nueva concesión.

Cabe puntualizar que, en términos de la legislación mexicana las concesiones se otorgan para un uso específico, es decir, bien para prestar servicios de radiodifusión, bien de telecomunicaciones, motivo por el cual los particulares que desean obtener una de éstas se encuentran regulados por una normatividad diversa.

Por ello, la Corte consideró que, sin desconocer la importancia de fomentar el proceso de convergencia tecnológica, el privilegio concedido a los concesionarios de radiodifusión provocaba un trato discriminatorio que se traduce en una barrera a la entrada al mercado para todos los interesados en participar en éste y que propiciaba prácticas monopólicas y de concentración económica en el sector, que finalmente se reflejan no sólo en términos de libre competencia, sino también en las políticas de comunicación social, desarrollo educativo e integración cultural del país.

3. Conclusiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En resumen, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una vez que determinó la procedencia de la acción de inconstitucionalidad y desestimó varios de los conceptos de invalidez propuestos por la parte actora, estableció que la creación, conformación y facultades de la Comisión Federal de Telecomunicaciones eran constitucionalmente válidas y, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 9-C y segundo transitorio, tercer párrafo de la Ley Federal de Telecomunicaciones, así como de los artículos 17-E, fracción V, 16, 17-G y 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión por estimarlos violatorios de los artículos 1o., 6o., 25, 26, 27 y 28 de la Constitución Federal.

Por lo que hace a la Ley Federal de Telecomunicaciones, se determinó su inconstitucionalidad, en tanto el procedimiento para el nombramiento de los Comisionados suponía una intervención indebida en el ámbito de atribuciones del Ejecutivo, así como una discriminación a las personas que han ocupado el cargo previamente, mientras que los artículos de la Ley Federal de Radio y Televisión se consideraron inconstitucionales,

...en la medida en que permiten un trato discriminatorio que pone en riesgo el ejercicio de la rectoría económica por parte del Estado y dificultan su papel como garante, frente a la sociedad entera, de los derechos a la libertad de expresión y a la información.

(...)

Discriminación, la anterior, que no solamente supone una ventaja netamente económica para los concesionarios de servicios de radiodifusión y que, de manera por demás evidente, repercutirá en la determinación de aquello que deba entenderse como mercado relevante y poder sustancial en ese sector de la economía, perturbando la libre concurrencia y sana competencia en el mismo, sino que, y quizás de manera más significativa, incide en la función que el Estado tiene encomendada como guardián de la libertad de expresión y del derecho a la información, función que supone el fomento de la

pluralidad y diversidad en la conformación de los medios de comunicación masiva, con el objetivo irrenunciable de generar una sociedad más integrada, más educada y, sobre todo, más justa.¹⁶

III. ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD ENTRE LA SENTENCIA DE LA CORTE Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

En términos generales, podemos afirmar que la sentencia emitida por la Suprema Corte mexicana en la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006, resulta acorde con los estándares internacionales existentes en materia de libertad de expresión.

Sin embargo, a fin de no incurrir en falsas apreciaciones, debe destacarse, que la materia de la impugnación en dicho juicio fue, en sentido estricto, la inconstitucionalidad de la legislación en materia de telecomunicaciones y radiodifusión bajo un enfoque netamente económico, esto es, las violaciones alegadas se referían esencialmente a cuestiones de carácter administrativo (atribuciones y facultades del órganos desconcentrado regulador en la materia), así como a la afectación a la libre concurrencia en el mercado tanto de telecomunicaciones como de radiodifusión, en detrimento, además, del control estatal sobre un bien del dominio público escaso como es el espacio radioeléctrico y, por tanto, el tema de la libertad de expresión como tal, podría decirse fue tratado de manera tangencial, aunque ello no implica que no fuera relevante.

En este contexto, los criterios plasmados en la acción de inconstitucionalidad para declarar inconstitucionales los artículos de la Ley Federal de Radio y Televisión impugnados, aun y cuando se enfocaron al procedimiento de licitación de las bandas de frecuencia y sus repercusiones en términos de competencia económica, así como la discriminación provocada entre agentes económicos en igualdad de condiciones, en todo momento reconocieron que los mecanismos establecidos

¹⁶ Acción de Inconstitucionalidad 26/2006. Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión. 7 de junio de 2007. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarías: Andrea Zambrana Castañeda, Lourdes Ferrer Mac-Gregor Poisot y María Estela Ferrer Mac-Gregor Poisot, p. 607.

para regular las concesiones en materia de radiodifusión tienen no sólo un impacto de carácter económico, sino también influyen en las políticas y equilibrios públicos en la medida en que los medios de comunicación, si bien formalmente no prestan un servicio público, sí desempeñan una actividad de interés público que impacta directamente en el acceso a la información y la libre circulación de las ideas de la sociedad y que, por tanto, es indispensable garantizar la pluralidad y diversidad de los medios para asegurar y elevar el desarrollo educativo, cultural y democrático del país.

Asimismo, aun y cuando la declaración de validez de las normas referidas a la creación, integración y facultades de la Comisión Federal de Telecomunicaciones se realizó bajo una óptica netamente de derecho administrativo, atendiendo a los planteamientos que se hicieron respecto a la división de poderes y naturaleza de los órganos desconcentrados, que se constituyen como auxiliares en materias eminentemente técnicas, lo cierto es que las consideraciones respectivas destacaron la importancia y conveniencia de que este órgano regulador en materia de telecomunicaciones fuera independiente e imparcial, tal y como ha sido recomendado por los tribunales internacionales.

En este mismo sentido, al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley Federal de Radio y Televisión, con independencia de las razones económicas que se tuvieron en cuenta y que se vinculan primordialmente con la violación al principio de libre competencia, se destacó la importancia de la función que desempeñan los medios de comunicación para el desarrollo plural y democrático de la sociedad mexicana y se enfatizó la obligación irrenunciable del Estado mexicano como el garante último de la libertad de expresión.

Vale la pena hacer notar que si bien, en la sentencia analizada, al pronunciarse sobre estos temas no se citaron de manera expresa precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni se hizo mención directa a los criterios sustentados por la Comisión, menos aún a sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo cierto es que las razones que se dieron para declarar constitucionales o inconstitucionales las normas impugnadas se ajustaron a los criterios que sobre el derecho a la libertad de expresión, en relación con los medios de

comunicación y, particularmente, en relación con las restricciones indirectas a este derecho, han emitido los organismos internacionales citados y que han quedado reseñados en el primer apartado de este trabajo.

Resta decir que, por lo que hace al argumento propuesto por la parte promotora, en relación a que el legislador no estableció las condiciones necesarias para que los pueblos y comunidades indígenas ejerzan, en igualdad de condiciones, su derecho a operar un medio de comunicación (radiodifusión comunitaria), la Suprema Corte determinó la improcedencia de la acción intentada contra dicha omisión legislativa, reiterando el criterio, que ya había sostenido en otras ocasiones, en el sentido de que la acción de inconstitucionalidad no es la vía para reclamar ésta, pues se trata de una acción de nulidad que tiene por objeto expulsar del orden jurídico la norma inconstitucional, pero no emitir una condena a los órganos legislativos y obligarlos a dictar leyes, circunstancia que impide evaluar si la Corte se ajustó o no a los estándares internacionales existentes sobre el particular, puesto que no existió pronunciamiento sobre el fondo del problema planteado.

Así las cosas, en atención a lo hasta aquí expuesto, podemos concluir que la Corte, al declarar la invalidez de los preceptos de la Ley Federal de Radio y Televisión, paralelamente a las consideraciones de tipo económico en que basó su decisión, resaltó la importancia de la acción estatal como garante del derecho a la libertad de expresión y acceso a la información, en cuanto el ejercicio pleno de dichas libertades, posibilita el desarrollo de una sociedad plural, participativa y más democrática, criterio que se ajusta no sólo a los precedentes internacionales en la materia, sino que refleja la aspiración de todas las naciones que integran la comunidad internacional, por lograr sociedades más participativas, más informadas, más libres y, en nuestro continente, sobre todo más justas.



*Estándares internacionales
en materia de libertad religiosa
y resoluciones del Poder Judicial
de la Federación (México)*

JAVIER SALDAÑA SERRANO*

* El autor es Doctor en derecho por la Universidad de Navarra. Es investigador definitivo por oposición en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, SNI II para CONACYT.

I. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE LIBERTAD RELIGIOSA. ONU

Antes de exponer la serie de estándares (documentos) internacionales que en materia de libertad religiosa ha emitido la Organización de las Naciones Unidas, ONU (al menos los más significativos), hemos creído conveniente hacer algunos comentarios al escrito con el fin de contextualizar el mismo y ofrecer al lector un panorama general del contenido del trabajo. Estos comentarios serán principalmente tres. El primero de ellos tiene como propósito poner de relieve la importancia que el derecho fundamental de libertad religiosa tiene en el mundo político y jurídico de hoy. El segundo se refiere a la trascendencia que los documentos internacionales de protección de los derechos humanos, particularmente el de libertad religiosa, han ido adquiriendo en buena parte de los estados democráticos, especialmente en materia de protección de tales derechos por parte de sus tribunales nacionales; y, en tercer lugar, haremos una precisión de algunos casos mexicanos que han sido estudiados y resueltos por el Poder Judicial Federal mexicano en materia de libertad religiosa.

El primer comentario tiene que ver con destacar la trascendencia y radicalidad del derecho fundamental de libertad religiosa en el mundo de hoy. En este sentido, no se comete alguna imprecisión si se afirma que el derecho de libertad religiosa se encuentra en el centro del debate de muchos problemas sociales. Para muestra algunos botones:

A nueve años de los atentados a las torres gemelas de Nueva York, el pastor estadounidense Terry Jones amenazó con quemar ejemplares del Corán (libro sagrado de los musulmanes) por su oposición, entre otros motivos, a la construcción de un centro cívico islámico a unas cuadras de la *zona cero* en Nueva York. De hecho, a tal construcción se han opuesto muchos norteamericanos. La reacción no se hizo esperar, miles de personas se manifestaron en Kabul y otras ciudades del mundo musulmán y amenazaron con atacar las bases militares de EE.UU. en territorio afgano (*El País*, 11 septiembre 2010).

Antes, el 3 de septiembre de este 2010, el primer ministro israelí, Benjamín Netanyahu y el presidente de la Autoridad Palestina Mahmud Abbas, se reunieron para mantener conversaciones e ir dando solución a un problema ancestral relacionado con los territorios ocupados; sin embargo, como es públicamente conocido, en el fondo del problema subyacen asuntos de orden religioso. (*El País*, 3 de septiembre 2010).

Días antes del reciente viaje a Londres del Papa Benedicto XVI, circularon autobuses por el centro de esa ciudad que portaban la siguiente leyenda: *Pope Benedict. Ordain Women Now* (Papa Benedicto: ordena mujeres ya).

Los anteriores ejemplos y otros más nos muestran a las claras la radical importancia que el fenómeno religioso tiene en el mundo de hoy. Se puede afirmar que parte de los conflictos existentes en el ámbito internacional y nacional se deben en gran medida a la falta de respeto y observancia de dicho fenómeno, particularmente del derecho de libertad religiosa que lo ampara.

El segundo comentario está en íntima relación con lo anterior, ya que la comunidad internacional ha tomado conciencia del problema y ha decidido, a través de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), salvaguardar el derecho de libertad religiosa. Así, la protección de este derecho, igual que el resto de los

derechos humanos, no se agota en el ámbito interno o constitucional, también los textos internacionales de derechos humanos tienen mucho que decir en la salvaguarda de la misma. Tales textos se traducen en *Declaraciones, Convenios o Pactos internacionales*. Con esto se evidencia que la defensa y amparo de los derechos humanos, la libertad religiosa entre éstos, no interesa únicamente al orden nacional, interesa, y quizá en forma especial, a la comunidad internacional.¹

Sin embargo, el proceso de internacionalización de los derechos humanos no ha sido sencillo, éste ha estado lleno de obstáculos y tropiezos difíciles de salvar antes de que se llegase a una aceptación más o menos consensuada sobre la mejor y más amplia garantía de los derechos humanos contenidos en los documentos internacionales. De lo anterior nos pueden dar cuenta los textos promulgados poco tiempo después de terminada la Primera Guerra Mundial.² Sin embargo, no fue sino hasta finalizar la Segunda Guerra Mundial que los gobiernos se darían cuenta que no sería posible convivencia alguna sin el compromiso real y verdadero de respetar lo más importante en el ser humano: su dignidad como persona. La sociedad internacional con estos parámetros se abocará entonces a la elaboración de documentos internacionales que protegieran tal dignidad a través de los derechos humanos, siendo uno de los más importantes los relativos a los derechos de libertad religiosa.

Por último, habrá que decir dos cosas. Lo primero es la poca atención que el derecho de libertad religiosa ha merecido por parte de la Suprema Corte de Justicia de México en los tiempos recientes. Esto no quiere decir que la Corte mexicana no haya tenido que discutir en su seno asuntos concernientes a la libertad religiosa a lo largo de su historia.³ La razón de la poca atención se debe, quizá, a que los asuntos en donde se han visto involucrados aspectos de orden religioso

¹ "(...) el contenido propio de los Derechos Humanos no debe entenderse como pura idealización, antes bien, representa un esfuerzo de la comunidad internacional por protegerlos, es una «concepción común» y generalizada de estos derechos humanos, son una idea materializada y compartida en el ámbito internacional". Bidart Campos, G. J., *Teoría general de los derechos humanos*, UNAM, México, 1989, p. 50.

² Cfr. Buerghenthal, T., Norris, R. E. y Shelton, D., *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Civitas, Madrid, 1990, p. 33.

³ Una compilación que reúne las discusiones que la Corte ha mantenido en esta materia puede verse en: *La Suprema Corte de Justicia y la Cuestión Religiosa, 1917-1940*, 2a. ed., I-II tomos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, *passim*.

se han dado a nivel electoral, y ha sido el Tribunal Federal Electoral, específicamente su Sala Superior, quien se ha encargado de resolverlos. En este tenor, el análisis que haremos de algunos de los asuntos recientes en materia de libertad religiosa no tendrá como referencia las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino las sentencias de la Sala Superior y alguna regional del Tribunal Federal Electoral. Estos son: El caso Yurécuaro, (Michoacán); el asunto de Zimapán, (Hidalgo), y el juicio de protección de derechos políticos promovido por el C. Mario López Valdez (MALOVA). Por razones de espacio sólo destacaremos aquellos aspectos importantes, tanto de los antecedentes como de las resoluciones del referido Tribunal, para ello en algunas partes del trabajo transcribiremos aquellos segmentos del expediente que más interesen para nuestro comentario final.

1. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948

Entrando a la enunciación de los artículos que amparan la libertad religiosa en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre 1948, el primero que se ha de mencionar es el artículo 2. Éste establece la igualdad de las personas sin que exista distinción religiosa alguna. Artículo 2. "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna".⁴

Por su parte, el artículo 3o. de la misma Declaración Americana emplea la expresión «creencia religiosa», queriendo denotar exactamente libertad religiosa: Artículo 3. "Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado".⁵

Los últimos dos artículos que han de mencionarse de la Declaración Americana son el artículo 21 y el 22. En éstos, el derecho referido ya no sólo se reco-

⁴ Hervada, J., Zumaquero, J. M., *Textos internacionales de derechos humanos*, 2a. ed., Eunsa, Pamplona, 1992, p. 105.

⁵ *Idem.*

noce a las personas en lo individual, sino también en favor de los grupos religiosos. El primero de ellos describe el derecho de asociación: Artículo 21: "Toda persona tiene derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole". Y el siguiente protege el derecho en orden a la promoción y ejercicio de sus intereses religiosos: Artículo 22: "Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden".⁶

2. Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948

El artículo que protege la libertad religiosa en la Declaración Universal es el artículo 18: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia".⁷

3. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales 1950

El artículo 9.1 del Pacto de Roma, en forma casi idéntica a como lo había hecho la D.U.D.H. formula y reconoce las libertades de conciencia, pensamiento y religión. Sin embargo, no utiliza los mismos términos, cambia, por ejemplo, la expresión de «creencias» contenida en la Declaración Universal por el de «convicciones» que se recogen en el Convenio Europeo, e incluye además una nueva expresión, la de «ritos». El artículo 9.1 dice así: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos".⁸

⁶ *Ibid.*, p. 110.

⁷ *Ibid.*, p. 142.

⁸ *Ibid.*, p. 192.

4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966

El documento que detalla mejor la libertad religiosa en los Pactos Internacionales de 1966 es el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, pero el de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene también cuestiones relevantes para el tema. Así, el artículo 2.2. de este último documento enuncia la obligación de los Estados de no discriminar a las personas por motivos de carácter religioso. Artículo 2.2. "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".⁹

5. Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos 1966

El artículo 18 es el que se refiere más en detalle a la libertad religiosa. Artículo. 18.1. "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y las enseñanzas".¹⁰

Por otra parte, los incisos 2, 3 y 4 del mismo artículo, al pormenorizar el ejercicio de la libertad religiosa dejan a las leyes la facultad para reglamentar este derecho y consecuentemente limitar, si lo consideran para la preservación del orden público, el ejercicio del mismo. 18.2. "Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección".

18.3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias

⁹ *Ibid.*, p. 548.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 567-568.

para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública, o los derechos o libertades fundamentales de los demás.

18.4. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.¹¹

6. Pacto de San José de Costa Rica 1969

El Pacto de San José expone en los artículos 12 y 13 la libertad religiosa y las libertades de pensamiento y expresión. Artículo 12.1. "Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado". Artículo 12.2. "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". 12.3. "La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás". Artículo 12.4. "Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".¹²

7. Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones

Considerando cuarto. "Considerando que la religión o las convicciones, para quien las profesa, constituyen uno de los elementos fundamentales de su concepción de la vida y que, por tanto, la libertad de religión o de convicciones debe ser íntegramente respetada y garantizada".

¹¹ *Idem.*

¹² *Ibid.* p. 601.

Octavo párrafo de los considerandos: "Preocupada por las manifestaciones de intolerancia y por la existencia de discriminación en las esferas de la religión o las convicciones que aún se advierten en algunos lugares del mundo".

Artículo 1.2. "Nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección".

Artículo 2.1. "Nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares".

Artículo 3. "La discriminación entre los seres humanos por motivos de religión o convicciones constituye una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y debe ser condenada como una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y enunciados detalladamente en los Pactos internacionales de derechos humanos, y como un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones".

Artículo 6. "De conformidad con el artículo 1 de la presente Declaración y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá:

- a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y fundar y mantener lugares para esos fines;
- d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
- i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional".

Artículo 7. "Los derechos y libertades enunciados en la presente Declaración se concederán en la legislación nacional de manera tal que todos puedan disfrutar de ellos en la práctica".

II. ANÁLISIS DE TRES CASOS SOBRE LIBERTAD RELIGIOSA RESUELTOS POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (YURÉCUARO) (ZIMAPÁN) (MALOVA)

1. Antecedentes y hechos¹³

Caso 1, (Yurécuaro, Michoacán). El juicio de revisión constitucional electoral SUP-JRC-604/2007, promovido por el Partido Revolucionario Institucional (PRI), en contra de la sentencia de 8 de diciembre de 2007, dictada por el Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, al resolver los juicios de inconformidad TEEM-JIN-049/2007 y TEEM-JIN-050/2007 acumulados.

Los hechos son los siguientes: El 11 de noviembre (2007) se realizaron elecciones en el Estado de Michoacán, entre otras, las de los integrantes del Ayuntamiento de Yurécuaro, Michoacán.

El 14 de noviembre el Consejo Municipal Electoral de Yurécuaro realizó el cómputo de la votación, declaró la validez de los comicios y otorgó las constancias de validez, mayoría y asignación de regidores de representación proporcional a los candidatos respectivos. Quien había resultado ganador fue el candidato del PRI.

Inconformes con los resultados y la calificación de la elección declarada por la autoridad electoral correspondiente, el Partido Acción Nacional y la Coalición por un Michoacán Mejor, interpusieron en contra de dichos actos recursos de inconformidad.

Los medios de impugnación se radicaron ante el Tribunal Electoral del Estado de Michoacán con las claves TEEM-JIN-049/2007 y TEEM-JIN-050/2007. En sentencia del 8 de diciembre, el tribunal local resolvió las impugnaciones de manera acumulada, en el sentido de declarar la nulidad de la elección municipal

¹³ La manera de proceder en esta parte del trabajo consistirá en transcribir algunas partes de los expedientes objeto de análisis.

recurrída, revocar las constancias de validez y de mayoría, así como privar de efectos a la asignación de regidurías de representación proporcional. A consecuencia de la nulidad, en el propio fallo se ordenó notificar al Congreso del Estado, así como al Instituto Electoral del Estado, para los efectos legales procedentes.

Inconforme con el fallo, el 13 de diciembre, el Partido Revolucionario Institucional (PRI) promovió demanda de juicio de revisión constitucional electoral. La autoridad responsable tramitó el medio de impugnación y en su oportunidad lo remitió a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Por acuerdo de Presidencia del Tribunal Federal del 14 de diciembre se formó el expediente SUP-JRC-604/2007 y se turnó a la ponencia de la Magistrada María del Carmen Alanís Figueroa, para los efectos precisados en el artículo 19, párrafo 1, inciso a), de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Por auto de 22 de diciembre de 2007 se admitió a trámite la demanda, recibéndose el informe circunstanciado y las actuaciones del juicio de origen, se reconoció el carácter de terceros interesados a los partidos políticos que comparecieron a juicio, se admitieron las pruebas que resultaron procedentes, se cerró la instrucción y los autos quedaron en estado de dictar sentencia.

Los hechos del caso se resumirían del siguiente modo: se le acusó al candidato ganador (Jaime Pérez Gómez del PRI), de realizar una serie de actos públicos (correspondientes a su campaña electoral) en lugares religiosos, y de utilizar signos e imágenes religiosas en su campaña, violando de esta manera disposiciones locales que prohibían dichos actos y el empleo de tales signos e imágenes. Una de las varias notas periodísticas dan perfectamente cuenta del más importante acto, supuestamente religioso-propagandístico, en el que incurrió el candidato referido: "Jaime Pérez Gómez, candidato a Presidente Municipal de Yurécuaro Michoacán, por el Partido Revolucionario Institucional (PRI), dio inicio a sus actividades de campaña, asistiendo a una solemne misa en la Parroquia de "La Purísima", en Yurécuaro; acompañado por los integrantes de su planilla, comité

directivo municipal, simpatizantes, familiares y amigos. Acto litúrgico celebrado a las ocho de la mañana". Después fue acusado de otros actos propagandísticos, entre los más significativos están, por ejemplo, hacer guardia ante un féretro, o el de saludar a algunas imágenes religiosas en el cierre de su campaña, etcétera. Para los efectos que aquí importan, centraremos nuestro comentario en la asistencia del candidato a la ceremonia religiosa, aunque evidentemente también los otros acontecimientos juegan un papel relevante en la decisión final tanto del Tribunal Local como de la Sala Superior del Tribunal Electoral Federal.

Caso 2. (Zimapán, Hidalgo). Expediente ST-JRC-15/2008, integrado con motivo del juicio de revisión constitucional electoral promovido por la Coalición "Más por Hidalgo", en contra de la sentencia de fecha 1o. de diciembre de 2008, emitida por el Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Hidalgo, en el juicio de inconformidad registrado bajo el número de expediente JIN-84-CMPH-022/2008.

El 9 de noviembre de 2008 se llevó a cabo la jornada electoral para elegir a los miembros de los ayuntamientos en el Estado de Hidalgo.

El 12 de noviembre siguiente, el Consejo Municipal Electoral en Zimapán, Estado de Hidalgo, realizó el cómputo municipal, declaró la validez de la elección y otorgó la constancia de mayoría a la planilla postulada por el Partido de la Revolución Democrática (PRD).

Inconforme con los resultados anteriores, el 16 de noviembre de 2008, la Coalición "Más por Hidalgo", a través de Alma Delia Chávez Sánchez, en su carácter de representante propietaria ante el Consejo Municipal Electoral en Zimapán, Estado de Hidalgo, promovió juicio de inconformidad, el cual fue registrado bajo el número de expediente JIN-84-CMPH-022/2008, y resuelto el primero de diciembre siguiente por el Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Hidalgo, en el que se declararon infundados e inoperantes los agravios esgrimidos por la citada coalición, y aunque hubo una modificación en el cómputo final, de todos modos el Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Hidalgo validó el otorgamiento de la constancia de mayoría expedida a favor de la planilla de candidatos postulados por el Partido de la Revolución Democrática.

En este caso, son varios los hechos que se atribuyen al sacerdote de Zimapán y que son objeto de impugnación por el PRI para que la Sala Regional del Tribunal Federal Electoral revoque la resolución del Tribunal Local de Hidalgo, y declare la nulidad de la elección. Aquí sólo transcribiremos uno:

En el presente asunto, la coalición inconforme solicita la nulidad de la elección del ayuntamiento celebrada el nueve de noviembre del año dos mil ocho en el Municipio de Zimapán, Estado de Hidalgo, porque refiere que el día de la jornada electoral, los párrocos de nombres Víctor Manuel Castillo Vega y Clemente Mendoza Flores, respectivamente, en las ceremonias religiosas celebradas a las ocho de la mañana y doce del día, en la parroquia de San Juan Bautista ubicada en Zimapán, realizaron actos de proselitismo a favor de los candidatos de la planilla postulada por el Partido de la Revolución Democrática, mediante la expresión de frases que sin referirse de manera directa a dichos candidatos, sugerían que se votara por ellos.

Sostiene que los actos de proselitismo que favorecieron al candidato ganador del PRD, consistieron en expresiones como "votar por la vida", en concreto por el candidato que estuviera a "favor de la vida"; las cuales a decir de la actora, fueron el lema utilizado en la propaganda política del Partido de la Revolución Democrática.

Caso 3. (Asunto MALOVA). Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, promovido por Mario López Valdez, en contra del acuerdo ORD/11/064 emitido por el Consejo Estatal Electoral del Estado de Sinaloa, relacionado con el procedimiento administrativo sancionador seguido en su contra y de la Coalición "El Cambio es Ahora por Sinaloa", por la comisión de infracciones a la normativa electoral del Estado de Sinaloa.

Los hechos son los siguientes:

El ocho de junio de dos mil diez, el representante propietario de la Coalición "Para Ayudar a la Gente" presentó queja administrativa en contra de Mario López Valdez y de la Coalición "El Cambio es Ahora por Sinaloa" por la presunta comisión de infracciones a lo dispuesto en los artículos 130, de la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos; 30 primer párrafo, fracción VI, y 117 Bis I, primer párrafo, fracción I, de la Ley Electoral del Estado de Sinaloa. "Por acuerdo de diez de junio del año en curso, la Comisión Estatal Electoral de Sinaloa tuvo por admitida la queja administrativa, por lo que ordenó integrar el expediente QA-049/2010 y emplazar a los denunciados". "El veinticinco de junio de dos mil diez, el Consejo Estatal Electoral del Estado de Sinaloa, aprobó el dictamen ORD/11/064 al tenor de los siguientes puntos resolutive: Primero.- Se declara fundada la queja interpuesta por la Coalición "Para Ayudar a la Gente" en contra del ciudadano Mario López Valdez (MALOVA) y de la Coalición "El Cambio es Ahora por Sinaloa", en virtud de haberse acreditado plenamente que se incurrió en violación a la Ley Electoral del Estado de Sinaloa, en los términos expresados en el considerando VII del presente dictamen. Segundo.- En consecuencia del punto resolutive anterior, se le impone al ciudadano Mario López Valdez una multa de 500 quinientos días de salario mínimo general vigente en el Estado, que a razón de \$ 54.47 cincuenta y cuatro pesos cuarenta y siete centavos diarios equivale a \$ 27,235.00 veintisiete mil doscientos treinta y cinco pesos, conforme a lo dispuesto en el artículo 248 fracción VIII segundo párrafo de la Ley Electoral del Estado de Sinaloa, por las razones expresadas en el considerando VIII del presente dictamen. Tercero.- De igual forma, se le impone a la Coalición "El Cambio es Ahora por Sinaloa" una sanción consistente en la amonestación pública, por las razones expuestas en el considerando VII del presente dictamen, conforme a lo dispuesto por el artículo 247 fracción I de la Ley Electoral del Estado de Sinaloa.

El señor Mario López Valdez argumenta ante la Sala Superior del Tribunal Federal Electoral que la autoridad local violó en su perjuicio sus derechos de expresión y asociación y también su derecho de ser votado en igualdad de condiciones.

Son varios los hechos que se le imputan a quien en ese entonces era candidato a la gubernatura por el Estado de Sinaloa, dentro de los más destacados están: la reunión que el candidato sostuvo el 29 de mayo de 2010 con integrantes de la Iglesia Cristiana Evangélica y una reunión más en junio. Por otra parte, las declaraciones del candidato fueron en el sentido de invocar a Dios. Una de ellas, que según la Magistrada ponente María del Carmen Alanís, fue plenamente ratificada y utilizada en forma indebida fue: "Ganaré con el apoyo de la voluntad popular y

la de Dios" y "esto no lo paramos, cuando la voluntad del pueblo, los astros y la de Dios estén alineadas". Un Diario de circulación local dio cuenta de los hechos: *"Ganaré con la voluntad popular y la de Dios": Mario López Valdez*. El candidato a gobernador de la coalición PAN-PRD- Convergencia, Mario López Valdez, aseguró que con el apoyo de "la voluntad popular y la de Dios" ganará las elecciones del 4 de julio, e incluso sostuvo que: los astros están alineados" para que se dé ese resultado. Ello, en el encuentro que tuvo con decenas de cristianos, a quienes los exhortó a ir por "12 votos" y les pidió igual cantidad de ideas y de pesos. "Quiero que los evangélicos trabajen para que ganemos". (*El Sol de Sinaloa*).

2. Consideraciones esenciales

Caso 1. (Yurécuaro, Michoacán). Son varios los argumentos que el Tribunal Local utilizó para anular la elección referida, la más importante es que las pruebas ofrecidas por el PAN para oponerse al resultado de la elección son aptas para justificar la nulidad de la elección, pues giran en torno a la utilización de símbolos religiosos en la campaña electoral. Así, se acusó al candidato del PRI de siempre tener la intención de que la gente lo relacionara con aspectos, temas, símbolos e imágenes religiosas, para lograr con ello influir en el electorado, quien lo asociaría con cuestiones religiosas, coaccionando moralmente y espiritualmente su decisión de voto.

Inconforme, el PRI impugnó la resolución del Tribunal Local por considerar que hubo una interpretación incorrecta del artículo 35, fracción XIX del Código Electoral del Estado de Michoacán, que señala: "Los partidos políticos están obligados a: XIX. Abstenerse de utilizar símbolos religiosos, así como expresiones, alusiones o fundamentaciones de carácter religioso en su propaganda". Según el PRI, esta disposición sólo está dirigida a los partidos políticos, no a las personas en particular (candidatos). En cualquier caso, señaló el PRI, de ser cierto que hubo una violación por parte del candidato.

la naturaleza jurídica de tales actos generarían la instauración de un procedimiento administrativo sancionador electoral, bajo el amparo del arábigo 36 de la legislación comicial local, misma que establece que *Los partidos políticos pueden solicitar ante el Consejo General, aportando elementos de prueba,*

que se investiguen las actividades de otros partidos, cuando existan motivos fundados para considerar que incumplen alguna de sus obligaciones, o que sus actividades no se apegan a la ley.

Esto es muy importante porque las sanciones para tal procedimiento administrativo son muchas, pero en ninguna de ellas se establece la anulación de las elecciones, tal y como resolvió el Tribunal Local y confirmó la instancia federal.

Caso 2. (Zimapán, Hidalgo). Muchos son los argumentos que la Sala Regional del Tribunal Federal Electoral utilizó para pedir la anulación de la elección. Sólo se transcribirá el que consideramos más importante para anular la elección:

Así las cosas, si bien en el documento que los ministros de culto religioso leyeron en las misas celebradas a las ocho y doce horas del nueve de noviembre de dos mil ocho, no se hace referencia en forma explícita al Partido de la Revolución Democrática o a sus candidatos a Presidente Municipal, síndicos y regidores postulados para integrar el Ayuntamiento del Municipio de Zimapán, Hidalgo, lo cierto es que se invitó a las personas presentes a votar en las elecciones a presidentes municipales que se celebraría ese mismo día (nueve de noviembre de dos mil ocho), ejerciendo responsablemente su derecho ciudadano, para lo cual se les propuso optar "*por el que más respete la vida, por el que más promueve la vida*", con lo que se evidencia que se utilizaron expresiones que, como ha quedado demostrado con antelación, identifican a José María Lozano Moreno postulado por el Partido de la Revolución Democrática como candidato a Presidente Municipal en Zimapán, así como al Movimiento Cívico: "Todos Somos Zimapán", que el mencionado ciudadano encabeza, y esos elementos se introdujeron en el desarrollo de las misas, de manera marginal o circunstancial, pero que es claro que tenían como finalidad promocionar la candidatura mencionada.

Caso 3. (MALOVA). Son varios los argumentos que la Magistrada ponente presentó para justificar su decisión. Todos ellos especialmente discutibles. Aquí sólo mencionaremos algunos:

Sentado lo anterior, en concepto de esta Sala Superior, la conclusión a la que arribó el Consejo Estatal Electoral de Sinaloa resulta jurídicamente

correcta, ya que las expresiones en comento sí resultan contraventoras de la Ley Electoral de Sinaloa, pues rebasan el contenido de una simple propaganda electoral, dado que se involucran expresiones que rebasan los límites legalmente permitidos.

En efecto, analizadas las frases que fueron emitidas por el candidato de la Coalición "El Cambio es Ahora por Sinaloa", al tener inmersa la palabra "Dios", revisten una entidad suficiente para considerar que ello implicó la utilización de expresiones de carácter religioso.

Tales frases, ciertamente deben de considerarse como manifestaciones tendientes a involucrar aspectos religiosos a la contienda electoral, dado que si bien pareciera que lo que se pretende destacar es el deseo personal del candidato "de que ganará las elecciones" ello lo hace depender en que el electorado y Dios, finalmente así lo decidan.

Dichas expresiones en su contexto, no pueden considerarse como meras alusiones retóricas o coloquiales por parte de Mario López Valdez. Su empleo, atendiendo a las circunstancias en que se externaron, es decir, tomando en cuenta que se dieron en reuniones proselitistas, más bien denotan la intención del candidato de externar su pretensión en el sentido de "Si Dios quería" era posible que alcanzara el triunfo en la próxima jornada electoral, es decir, señaló que obtendría el triunfo debido a que influiría en su favor una deidad religiosa.

Se considera que la forma en que fueron externadas resultan persuasivas hacia el electorado, puesto que conllevan una carga que necesariamente trae aparejada la vinculación de un aspecto religioso con la contienda electoral, circunstancia que se traduce en una velada inducción encaminada a allegarse de adeptos, valiéndose precisamente de la fuerza que por sí sola representa la palabra en comento.

El mero concepto teológico y social que existe de tal concepto en nuestra sociedad, tiende a hacer una referencia natural a un ser supremo, comúnmente invocado en ciertas doctrinas religiosas para conseguir sus propósitos, de ahí que su involucramiento en los eventos en cuestión, por sí mismo impone una acción tendente a generar en el electorado una idea en el sentido de que se quería destacar, tal figura o creencia religiosa.

Sobre esto, cabe resaltar que no tendrían el mismo impacto las expresiones en comento, si éstas se hubiesen realizado en un marco ajeno a la contienda electoral no habría razón para considerarlas como contraventoras de la normativa electoral, dado que es permitido que cualquier persona "ordinaria" externe lo que siente, piensa y profese libremente la religión de su preferencia; sin embargo, al darse por un candidato, en eventos proselitistas, frente a simpatizantes y a escasos días de la jornada electoral, ello hace imposible desvincularlas del proceso electoral y, menos aún, tenerlas como meras alusiones de uso común.

III. CONCLUSIONES

Caso 1. (Yurécuaro, Michoacán) Son varios los razonamientos que en la resolución final de la Sala Superior del Tribunal Federal Electoral se esgrimieron para confirmar la resolución del Tribunal Local de anular la elección, todos ellos muy interesantes aunque también muy discutibles, por ejemplo, su particular y extraño concepto de laicismo y de educación laica, etcétera. Temas estos que siendo especialmente importantes no serán objeto de este breve comentario. Igualmente, por razones de espacio no podemos transcribir todos los razonamientos esgrimidos, sólo nos conformaremos con el siguiente:

Entre los principios que se desprenden del artículo 130 constitucional se encuentra aquel referente a que dada su especial naturaleza y considerando la influencia que tienen los símbolos religiosos sobre la comunidad, así como atendiendo a lo importante y delicado que es la participación política y electoral, los institutos políticos se deben abstener de utilizarlos, a efecto de conservar la independencia de criterio y racionalidad en cualquier aspecto de la vida política del Estado y su gobierno. En consecuencia, debe sopesarse la especial naturaleza que tienen los partidos políticos, como organizaciones o entidades de interés público, y cogarantes de la legalidad del proceso electoral, en términos de lo prescrito en el artículo 41, párrafo segundo, base II, de la Constitución federal. (...). Por lo anterior, resulta evidente que los principios rectores del artículo 130 constitucional privan en el texto del artículo 35, fracción XIX, del Código Electoral del Estado de Michoacán.

El Tribunal Federal resolvió: "Se confirma la sentencia reclamada dictada el ocho de diciembre del año en curso, por el Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, al resolver los juicios de inconformidad". Es decir, la Sala Superior confirmó la sentencia que anulaba la elección.

Caso 2. (Zimapán, Hidalgo). La Sala Regional del Tribunal Federal Electoral determinó:

Por tanto, tomando en consideración los elementos probatorios aportados por la actora y los que este órgano jurisdiccional se allegó, además de los que invocó como hechos públicos y notorios, se concluye que resultan suficientes para demostrar que los ministros de culto religioso, el día de la jornada electoral realizada el nueve de noviembre de dos mil ocho, durante las misas que oficiaron a las ocho de la mañana y doce horas de ese día, indebidamente invitaron a los ciudadanos presentes a votar por un candidato en particular, lo que resulta contrario al principio de separación Iglesia-Estado previsto en el artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente a lo señalado en el inciso e).

En ese sentido resolvió: "Primero: Se revoca la sentencia de fecha primero de diciembre de dos mil ocho, emitida por el Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Hidalgo, en el juicio de inconformidad registrado bajo el número de expediente JIN-84-CMPH-022/2008, por las razones expuestas en el considerando quinto de este fallo".

"Segundo. Se decreta la nulidad de la elección de miembros del Ayuntamiento del Municipio de Zimapán, Estado de Hidalgo, celebrada el nueve de noviembre de dos mil ocho. En consecuencia, se revoca la declaración de validez de la elección y las constancias de mayoría expedidas a favor de la planilla registrada por el Partido de la Revolución Democrática".

Caso 3. (Asunto MALOVA). La Sala Superior del Tribunal Federal Electoral llegó a la siguiente resolución: "Se confirma el acuerdo ORD/11/064 emitido por el Consejo Estatal Electoral del Estado de Sinaloa, relacionado con el procedimiento administrativo sancionador seguido en contra de Mario López

Valdez y de la Coalición "El Cambio es Ahora por Sinaloa", por la comisión de infracciones a normativa electoral del Estado de Sinaloa".

IV. COMPATIBILIDAD ENTRE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y LAS SENTENCIAS DEL PODER JUDICIAL FEDERAL

El observador atento ya habrá podido percatarse que en los tres casos anunciados se trata, i) de asuntos en los que se involucran aspectos religiosos, es decir, aquellos en los que la libertad religiosa está en juego, y ii) que en todos los casos hubo una sanción a las personas involucradas, es decir, a los candidatos de los respectivos partidos políticos. En el caso de Yurécuaro, la Sala Superior del Tribunal Federal Electoral confirmó la sentencia del Tribunal Electoral Local de anular las elecciones porque el candidato asistió a una misa católica y porque fue visto en ella junto con otras personas de su campaña, a más de la guardia de honor que hizo al féretro y el saludo a ciertas imágenes religiosas en el cierre de su campaña.

En el asunto de Zimapán, también el candidato del PRD fue sancionado, pues la Sala Regional del Tribunal Federal Electoral revocó la decisión del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Hidalgo, anulando la elección porque en opinión de la Sala Regional, el candidato del PRD recibió el apoyo de los sacerdotes católicos de la parroquia de San Juan Bautista, al hacer propaganda en su favor.

En tercer lugar, en el caso Mario López Valdez (MALOVA), la Sala Superior del Tribunal Federal Electoral confirmó las sanciones que el Consejo Estatal Electoral impuso al candidato.

Es verdad que los tres casos guardan entre sí un común denominador: el hecho de que a los candidatos respectivos se les sancionara por parte de la máxima autoridad en materia electoral en México, el Tribunal Federal Electoral dependiente del Poder Judicial de la Federación. Sin embargo, es posible hacer una diferenciación importante. En los casos Yurécuaro y MALOVA, fueron los candidatos quienes supuestamente cometieron en forma directa la violación de las disposicio-

nes normativas; en cambio, en el asunto Zimapán, el candidato fue sancionado porque supuestamente quienes violaron la ley fueron los sacerdotes al inducir a los feligreses a votar por el candidato del PRD, dada su cercanía ideológica con postulados religiosos: el respeto a la vida que el candidato siempre manejó en su campaña.

La anterior diferenciación amerita, por tanto, un tratamiento diferenciado. En primer lugar abordaremos los casos Yurécuaro y MALOVA, y después trataremos brevemente el asunto Zimapán.

Es obvio que en los extensos y embarazosos expedientes de cada uno de los casos referidos existe una enorme cantidad y variedad de argumentos que podrían ser objeto de múltiples comentarios, precisiones y aclaraciones. Sin embargo, atendiendo a las recomendaciones para la elaboración de este trabajo y por razones de espacio, nos circunscribiremos a formular comentarios generales a los mismos, dejando para otro momento las puntualizaciones que los casos ameritan.

1. Caso Yurécuaro

En el caso Yurécuaro, nuestra atención se centrará en la asistencia, por parte del candidato del PRI, a la celebración religiosa (misa), sin olvidar la guardia que hizo ante un féretro y el saludo a unas imágenes religiosas en el cierre de su campaña. Descritos así tales hechos sólo demuestran que el referido candidato ejerció, de manera libre y en diferentes lugares, su derecho de libertad religiosa a través de distintas manifestaciones. Esto, como se advirtió, se encuentra en perfecta sintonía con prácticamente la totalidad de los documentos internacionales protectores de derechos humanos, por ejemplo, el artículo 2 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, y principalmente el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El primero expresamente establece: "Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado". El segundo señala: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colecti-

vamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia".

El hecho de que el candidato haya asistido a una misa, encuadra perfectamente en aquella manifestación de carácter religioso que todo ciudadano tiene de profesar de manera libre su creencia religiosa, igual pública que privadamente. En ningún momento hay evidencias de que el candidato instrumentalizara los objetos, signos e imágenes religiosas para imponer, o al menos sugerir el voto del electorado a su favor dada su condición de fiel católico, o su cercanía con esta Iglesia. Tampoco hay evidencia contundente de que el candidato pidiera no votar por los otros candidatos dado que ellos no asisten a misa, o que no son cercanos a la Iglesia católica. En ninguna parte del expediente hay evidencia al respecto.

Por otra parte, también habría que preguntarle a la autoridad electoral lo siguiente: ¿fue tan determinante para decidir el rumbo de la elección el asistir a una misa, o el hacer guardia de honor a un feretro, o saludar a unas imágenes religiosas?

De este modo, tanto el Tribunal Local, como la Sala Superior, «deducen», «inferen», «creen», que el candidato tuvo la intención de usar dichos signos religiosos para hacerle ver al electorado sus profundas convicciones religiosas y su gran adhesión a la fe católica, y así persuadirlos o inducirlos a que votaran por él. Más allá de la consideración negativa que las autoridades tienen del electorado, al considerarlos incapaces de discernir racionalmente por quien votar, delante de lo que nos encontramos es, nada menos y nada más, de una sanción impuesta no por hechos o evidencias claras (los únicos para imponer una sanción), sino por «creencias» o «intuiciones» de ambos Tribunales. Esto ya es grave, pero lo es aún más cuando dichas «creencias jurídicas», violentan el derecho fundamental de libertad religiosa; un derecho reconocido positivamente en diferentes documentos internacionales protectores de derechos humanos. Así, desde meras suposiciones se atenta contra un derecho reconocido fácticamente en los diferentes documentos; dicho de otra forma, por simples inferencias se violan derechos humanos.

Al hilo de lo que se viene comentando, conviene también decir que uno de los argumentos que suelen emplearse para limitar dichas expresiones de libertad

religiosa a las personas es su condición de "candidato" a un cargo de elección popular. Se afirma que teniendo esta condición se está impedido de asistir a cualquier celebración religiosa, dado que puede generar un cierto sentimiento de adhesión entre el público votante a su candidatura. Este argumento es muy recurrente pero igualmente débil. La lógica indica que si realmente los derechos humanos son universales e incondicionados, como prácticamente toda la doctrina nacional e internacional reconoce, la condición de candidato a un cargo público no es óbice para limitar los derechos humanos, en este caso el de libertad religiosa, de lo contrario estaríamos ante el absurdo de considerar que mientras se es candidato no se goza de este derecho (aunque se tenga), o gozando del mismo en tal condición debe ejercerse tan limitadamente (ejercicio exclusivamente privado de la religión) que lo hace desaparecer del todo. Los derechos humanos mantienen una serie de características identificadoras que hacen que su reconocimiento y protección esté más allá de cualquier condición, sea natural o no natural.

En rigor, los dos argumentos anteriores no son producto sino de una ideología decimonónica, radicada en un distorsionado e inexacto concepto de laicismo como es el que maneja la Sala Superior del Tribunal Federal Electoral. Tal y como ha razonado en este caso la Sala Superior, nos muestra a las claras que desconoce que laicidad no puede confundirse con laicismo,¹⁴ la laicidad ha de entenderse como la legítima autonomía del poder político y del fenómeno religioso, no como el desconocimiento, rechazo y en varias ocasiones persecución de las convicciones religiosas de las personas, aunque sean candidatos u ocupen ya un cargo público. Lo que hace la Sala Superior con esta resolución es asumir una actitud negativa ante lo religioso, violentando el derecho de libertad religiosa reconocido en los textos internacionales. La Sala superior no alcanza a comprender que el respeto incondicionado del derecho fundamental de libertad religiosa no es el de coaccionar a quien la ejerce, sino el de reconocer positivamente que tales expresiones de la libertad religiosa están presentes en la conformación social y constituyen, en si mismos, un factor de identificación social y cultural.

¹⁴ De esta diferenciación ya nos hemos ocupado más detenidamente en Saldaña, J., *Poder estatal y libertad religiosa*, UNAM, México, 2001, pp. 41-45. Más recientemente, Ollero Tassara, A., *Laicidad y Laicismo*, UNAM, México, 2010, p. 93-144.

La actitud de la Sala Superior es la misma actitud negativa y de rechazo que se observa en el artículo 130 constitucional y el resto de la legislación en materia de libertad religiosa, incluyendo, por supuesto, la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.

A la luz de lo anterior, se observa claramente la indiferencia que la Sala Superior tuvo de los textos internacionales de derechos humanos que protegen la libertad religiosa, al no ser capaz de considerar lo que dichos textos establecen cuando defiende la posibilidad de libremente "manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y las enseñanzas", tal y como establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996 en su artículo 18.1. O de no "ser objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección", tal y como plantea el numeral 2 de tal artículo en el documento señalado.

2. Caso MALOVA

En este breve análisis hemos igualmente de decir que comentarios análogos se pueden señalar del caso MALOVA. Aquí, es verdad que a más de reunirse con personas pertenecientes a grupos de evangélicos, el entonces candidato profirió expresiones verbales en los que se pronunció la palabra "Dios". De aquí, la Sala Superior del Tribunal Federal Electoral «infiere» que dicha palabra y la expresión completa que el candidato expresó, "revisten una entidad suficiente para considerar que ello implicó la utilización de expresiones de carácter religioso"; "ciertamente deben de considerarse como manifestaciones tendentes a involucrar aspectos religiosos a la contienda electoral"; "denotan la intención del candidato"; "resultan persuasivas hacia el electorado"; "se traduce en una velada inducción encaminada a allegarse de adeptos"; tuvieron la intención de "generar en el electorado una idea en el sentido de que se quería destacar, tal figura o creencia religiosa"; etcétera. ¿En base a «entidades suficientes», «consideraciones tendentes», «denotaciones», «persuasiones», etcétera, se violan derechos? ¿Qué evidencia clara e inobjetable se señala en los argumentos anteriores para confirmar las sanciones que la autoridad respectiva local impuso al candidato? Ninguna; objetivamente no

hay una sola prueba fehaciente y un argumento irrefutable que confirme la violación a la legislación respectiva por parte de MALOVA. La señora Magistrada, como sucedió en el caso anterior (curiosamente fue la misma Magistrada ponente), sólo hace «interpretaciones personales», «inferencias», «deducciones de lo que ella cree» fueron los efectos de las declaraciones hechas por MALOVA, es decir, puras creencias. Con esto se deja fuera cualquier criterio de interpretación en favor de los derechos humanos y particularmente del derecho de libertad religiosa. Desde aquí, lo único que tenemos no son argumentos irrefutables como para confirmar una sanción, sino meras suposiciones, es decir, pura ideología.

El otro argumento empleado por la Magistrada ponente señala que si dichas expresiones se hubieran realizado en un marco ajeno a la contienda electoral no serían objeto de discusión, pues está permitido que cualquier persona "ordinaria", externe sus convicciones religiosas, pero al ser hechas por un candidato en un evento proselitista "hace imposible desvincularlas del proceso electoral y, menos aún, tenerlas como meras alusiones de uso común". Sobre esto, me remito a lo que se ha señalado en renglones precedentes. Quizá sólo agregaríamos una pregunta: ¿cómo hace la señora Magistrada para separar la calidad de ser humano, titular de una serie de derechos fundamentales de la condición de candidato de un partido político? ¿Cómo puede ella diseccionar al ser humano de su ser como persona y como candidato con las legítimas aspiraciones políticas que puede tener? Me parece que desde la óptica del respeto incondicionado de los derechos humanos no es posible afirmar que hay derechos para las personas "ordinarias" y no los hay cuando éstas son "candidatos". Esto no es tomarse en serio los derechos humanos, sino defender una ideología inconfesa, la de laicismo, tal y como comentamos en renglones precedentes.

Por otra parte, no hay que olvidar que en culturas como la nuestra, es común y corriente agradecer de manera coloquial a Dios por algún favor recibido o por albergar la esperanza de un acontecimiento, pero nadie por este hecho debe sancionar a alguien por proferir tal afirmación, ¿qué pensarían los norteamericanos de tal absurdo cuando en su cultura es obligación jurar el cargo de Presidente de los Estados Unidos de América con la mano sobre la Biblia, o los ingleses que establecen como obligación el que su reina sea miembro de la Iglesia anglicana?

Desde lo que se acaba de señalar, cómo habría que entenderse entonces el artículo 12.1 de Pacto de San José de Costa Rica que a la letra dice "Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y *divulgar* su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado".

Es verdad que uno de los límites del ejercicio de los derechos fundamentales es, como lo dicen buena parte de las legislaciones, el orden público; sin embargo, este concepto es indeterminado y por lo tanto requiere de un ejercicio interpretativo y argumentativo¹⁵ que va más allá del simple hecho de repetir lo que las disposiciones jurídicas en materia de libertad religiosa existen en México, tal como en este caso lo hizo la magistrada ponente.

Por razones de espacio no puedo detenerme en una mayor explicación, pero si quisiera, al menos, señalar dos ejemplos de los diversos que hay a propósito de las inconsistencias argumentativas en la revisión de la Sala Superior del caso MALOVA. Uno de los argumentos es:

Conforme a lo narrado, como se adelantó, se estima que no le asiste la razón al inconforme, pues la responsable en el dictado de la resolución cumplió con el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues analizó de manera integral el material probatorio que obraba en autos, analizando el contexto de las expresiones que fueron emitidas, otorgándoles el alcance probatorio que estimó pertinente, lo cual le permitió estar en condiciones de determinar que la conducta imputada a Mario López Valdez relacionada con la utilización de expresiones de carácter religioso, debía catalogarse como infractora de la normativa electoral del Estado de Sinaloa.

Una referencia tan clara al argumento de autoridad difícilmente se podrá ver en otro lugar. El hecho de que en la resolución se diga que la autoridad respectiva tuvo razón porque valoró "integralmente" las pruebas no es argumento de una

¹⁵ *Cfr.* De Bartolomé Cenzano, J., C., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002.

instancia revisora, es simplemente decir que la autoridad tenía razón y ya. ¿Por qué? ¿Cuáles son los razonamientos para aseverar que la autoridad valoró acertadamente el material probatorio? Eso es lo que se esperaba que dijera y no lo señaló. Aquí no se puede hablar de argumentación sino de otra cosa.

Otro de los presuntos argumentos empleados por el Tribunal Federal Electoral es el siguiente: "En otro orden, se estima que resulta infundado el agravo a través del cual se cuestiona que fue indebida la valoración que se realizó del material probatorio que obraba en autos tendentes a acreditar la infracción a lo dispuesto por los artículos 30, párrafo segundo, fracción VI y 117 Bis I, fracción I, de la Ley Electoral de Sinaloa, así como 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relacionada con la utilización de expresiones de carácter religioso". ¿Por qué? A esta pregunta el Tribunal responde: "Esto, ya que la valoración que realizó la responsable se encontró ajustada a derecho". Después se transcribe los artículos constitucionales y legales antes citados, y de ahí se deduce que efectivamente se violó la ley, sin dar una sola razón de porqué se interpretó el texto normativo en un sentido (el de limitar el derecho fundamental, haciéndolo desde lo que literalmente señala la ley) y no en favor del mayor respeto y protección del derecho fundamental. En una argumentación lo que uno espera es que se ofrezcan razones a propósito de porqué se interpreta en un sentido y no en otro, máxime cuando se trata de la protección de un derecho fundamental. Se tendría que demostrar que las palabras y acciones que MALOVA hizo, supuestamente empleando símbolos religiosos, los utilizó para fundamentar directamente su campaña, pero en la resolución del Tribunal Federal Electoral no se ve por ninguna parte esta justificación. Esto es ideología y nada más.

3. Caso Zimapán

Si los otros dos casos muestran a las claras las limitantes y violaciones del derecho fundamental de libertad religiosa a la luz de los estándares internacionales protectores de derechos humanos, el caso Zimapán es aún más grave y delicado, pues la Sala Regional está sancionando por partida doble, tanto al candidato como a los sacerdotes que supuestamente lo apoyaron. En el caso del candidato, hasta donde se ha

podido conocer, nunca manifestó implícita o explícitamente su adhesión a una confesión religiosa, ni siquiera se sabe si comulga con algún ideario religioso, tampoco se dice que haya utilizado símbolos religiosos para fundamentar en ellos su campaña política, o inducir a los votantes a que votaran por él dado su ideario religioso. De modo que se le sanciona por algo en donde él nunca intervino como candidato.

Por lo que a los sacerdotes se refiere, la situación es igual de delicada o quizá más grave, porque la autoridad supone que intervinieron directamente para favorecer a un candidato, a aquél que estaba en sintonía con su ideario religioso. Ahora bien, hay que decir que cualquier miembro de la Iglesia Católica (en este caso los sacerdotes) que hable en favor del derecho a la vida, como parte de su ideario religioso, se encuentra en perfecta sintonía con lo que establece el artículo 3 de la misma Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre: "Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado". O el artículo 18 de la Declaración Universal: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia".

Ahora bien, el hecho de que los sacerdotes hayan leído un documento donde se defiende la vida humana, y de que hayan invitado a sus feligreses a reflexionar el voto el día de las elecciones tomando en consideración su compromiso como católicos, no puede hacer pensar ni deducir a la Sala Regional que hubiera existido una especie de pacto entre los sacerdotes y el candidato, quien, por otra parte, tuvo como eslogan de su campaña el respeto por el derecho a la vida. La Sala Regional tendría que demostrar efectivamente la existencia de algún acuerdo entre ellos, o que las declaraciones de los sacerdotes fueron tan directas como para obligar a los feligreses a votar por el candidato y, por lo que se puede conocer, esto no existe. Tendrían igualmente que demostrar que los mensajes de los sacerdotes fueron tan determinantes que hicieron que el candidato en cuestión ganara la elección, ¿esta tarea la hizo la sala regional?

Ahora bien, que los sacerdotes lean en sus homilías aquellas directrices propias de su ideario religioso porque así se los pidió su obispo, pertenece, según

hemos visto en los documentos internacionales, al derecho de libertad religiosa que como seres humanos tienen, no sólo eso, sino que es su obligación hacerlo, máxime cuando se trata de defender un derecho fundamental como es el derecho a la vida que todo ser humano tiene. Si se negara el derecho de difundir su ideario religioso por su condición de sacerdote llegaríamos al absurdo que comentábamos más arriba, es decir, que hay condiciones de seres humanos que imposibilitan el disfrute de los derechos humanos reconocidos en los documentos internacionales.

En este sentido, convendría señalar que la defensa de los derechos humanos ha de ser respetada siempre, independientemente de donde provenga dicha defensa, pero la Sala Regional no parece entender esto, ella cree que solamente ciertas condiciones de personas pueden hacerlo y que si lo hace un sacerdote y por mala suerte tal defensa corresponde con los lemas de campaña de algún candidato, entonces cualquiera que sea el resultado de las elecciones, éstas serán nulas. Si la historia conoció la inquisición religiosa hoy estamos delante de la inquisición electoral. De esto ya nos hemos ocupado en alguno de nuestros trabajos.¹⁶

Un último punto conviene señalar para resoluciones posteriores. Éste tiene que ver con la necesidad, cada vez más urgente, de que los poderes judiciales se familiaricen con una cultura internacional de los derechos humanos, lo que hasta ahora no se ha hecho; quizá desde ahí se pueda comprender mejor el contenido y alcance de estos derechos y, principalmente, de cómo se interpretan para su mayor protección.

Para reforzar lo anterior conviene recordar lo que ya señaló hace tiempo el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, Pleno *Semanario Judicial de la Federación XXV*, Abril de 2007. A propósito de la jerarquía normativa:

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDE-

¹⁶ Cfr. Saldaña, J., "Del derecho fundamental de libertad religiosa. Objeciones a un argumento", en *Diez años de vigencia de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público en México (1992-2002)*, IIJ-UNAM, México, 2003, pp. 129-147.

RALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.



*Derecho a la libertad sindical
desde la perspectiva de los convenios
internacionales en materia de
derechos humanos laborales*

ARTURO ALCALDE JUSTINIANI*

CLAUDIA PATRICIA JUAN PINEDA**

* Ha dedicado su vida profesional a la asesoría laboral a organizaciones sindicales del sector público y privado, y a actividades académicas; titular del despacho privado especializado en materia laboral; coautor de diversas publicaciones; articulista del diario La Jornada; miembro del Consejo de Directores del Internactional Labor Righth Forum.

** Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma Metropolitana; Maestrante por la Universidad Nacional Autónoma de Mexico, especializada en Derechos Humanos y Derecho Internacional; Coordinadora Jurídica del Frente Auténtico del Trabajo. Durante más de diez años se ha dedicado al litigio, asesoría, formación y organización en materia de derechos humanos laborales.

El objeto del presente estudio es analizar dos jurisprudencias emitidas por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ambas resoluciones tienen una trascendente aplicación práctica en el ámbito de la libertad de asociación, la cual condiciona la eficacia del derecho colectivo del trabajo, la contratación colectiva, el sistema de justicia laboral e influye en las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores y trabajadoras. Se pretende evaluar las jurisprudencias 86/2000, relativa a las facultades de las autoridades registradoras para tomar nota de procesos electorales y de administración interna sindical y la 56/2004, vinculada al registro sindical, con objeto de verificar su vigencia en términos del contenido constitucional y los principios de convivencia plasmados en los convenios internacionales.

I. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Para el análisis de las jurisprudencias es necesario, en primer lugar, identificar los instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen el derecho de asociación y libertad sindical y en segundo lugar, las normas que garantizan el ejercicio y goce del mismo.

El derecho de asociación y libertad sindical es ampliamente reconocido en diversos instrumentos de derechos humanos universales y regionales, los cuales, al haber sido signados por México, adquieren obligatoriedad por los principios *pacta sunt servanda* (artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969) y *pro homine* (contenido en los instrumentos de derechos humanos), así como por el compromiso adquirido con la comunidad internacional en ejercicio de las respectivas soberanías y de una sociedad democrática, precisados entre otros, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 3, La índole de las obligaciones estatales.¹ Por otro lado, la Constitución mexicana, en su artículo 133, reconoce estas responsabilidades y las refrendó con las tesis que emitió nuestro máximo tribunal P.IX/2007. La admisión de las normas internacionales está prevista en el artículo 6 de la Ley Federal del Trabajo (LFT), y en el artículo 11 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

Así, el Derecho de Asociación y la Libertad Sindical se sujetan al siguiente marco jurídico universal:

- Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 20);
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22);
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8);
- Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos (art. 5);
- Convenio 87 (arts. 2 al 5 y 7); y
- Declaración de la Organización Internacional de Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento.

El instrumento citado en último término, hace referencia a la obligatoriedad de los convenios referidos a cuatro temas esenciales: libertad de asociación sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación

¹ Opinión Consultiva OC/10/89, 14 de julio 1989, a nivel regional es un referente clave en relación con las obligaciones de los Estados.

de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil, y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, aunque no se hayan firmado los convenios respectivos; declaración que es importante para los efectos de nuestro estudio, en virtud de que el Convenio 98 de la OIT relativo a la libertad sindical y la protección a la contratación colectiva, si bien no ha sido ratificado por nuestro país, su vigencia es fundamental por el estrecho nexo entre ambos derechos, la libre organización gremial y el derecho a la negociación de las condiciones de trabajo.

Los instrumentos del sistema interamericano aplicables son: Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) (art. 45); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXII.); Convención Americana sobre Derechos Humanos; Carta Democrática Interamericana; y Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.

En nuestro estudio consideramos que el reconocimiento al derecho de asociación entra en colisión con la realidad del modelo de administración de justicia laboral en México. Ello se refleja en limitantes legales, prácticas y de interpretación sobre normas nacionales e internacionales de derechos humanos laborales, en la aplicación de la ley durante los procesos y resoluciones en las que se incurre en discrecionalidad y arbitrariedades. Para identificar si las Normas Internacionales de Derechos Humanos, en adelante NIDH, han permeado en la interpretación y aplicación de las leyes en el ámbito laboral, se utilizará como referente: el control convencional, las garantías al debido proceso, la tutela judicial, y los principios de progresividad e irreversibilidad.

El valor del derecho de asociación sindical se definió por la Corte Interamericana y resolvió que

...la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y los enmarca en el corpus iuris de los derechos humanos"² y define la libertad

² Caso Ricardo Baena y/o, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 158.

de asociación como "...la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programas de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho..." "...supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.³

Este será nuestro marco para el estudio.

Un elemento clave que limita la justiciabilidad del derecho de asociación y libertad sindical en el modelo mexicano se relaciona con el artículo 102- B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual expresamente excluye la competencia de las Comisiones Nacional y Locales de Derechos Humanos en temas laborales, facilitando la discrecionalidad y arbitrariedad en los procedimientos laborales, ante la ausencia de una entidad que vigile su actuar. Con mayor razón si se considera la naturaleza e integración de las autoridades registradoras y Juntas de Conciliación y Arbitraje (en adelante JCA) y la dependencia de los poderes ejecutivos federal y locales en razón de la división de su competencia. Bajo dicho contexto, acceder a la justicia en el mundo del trabajo se torna ineficaz, ante comisiones de derechos humanos incapaces de limitar el ejercicio del poder para hacer prevalecer las leyes en defensa del más débil frente a la ley del más fuerte.⁴

El control de convencionalidad se considera una garantía para obtener la aplicación armónica del derecho nacional e internacional vigente, así como sus alcances.⁵ Principio que es difuso en materia laboral y no existe una regla para su aplicación. Las JCA y autoridades registradoras actúan en diversos espacios a lo largo del país; las primeras a través de sus Plenos definen criterios, incluso, al margen de la ley e imponen requisitos extralegales que limitan el ejercicio del derecho de asociación sin control convencional. Las autoridades registradoras, al aplicar la

³ Caso Ricardo Baena y/o, Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 156.

⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, 5a. ed., Trotta, Madrid, 2006.

⁵ Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia 24 de noviembre 2006.

norma, suelen ignorar las NIDH, y también el Convenio 87, es decir, son restrictivas en aplicar la ley, al omitir la interpretación extensiva del derecho de asociación. De esta forma complementaria o subsidiaria las NIDH pierden eficacia, lo que se refleja en las jurisprudencias que se estudian, ignoraron de plano la preeminencia de estos instrumentos.

Los principios de autoejecutoriedad (eficacia directa), progresividad (extensión de los derechos humanos), irreversibilidad (imposibilidad de desconocimiento de un derecho humano como inherente a la persona), y *pro homine* (aplicar la norma más favorable para la persona humana, su libertad y sus derechos) son un parámetro del control de convencionalidad reconocidos en las NIDH. Por ello, resulta ilustrativo para el presente estudio su revisión.

Respecto al principio de progresividad, definido en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), como el reconocimiento de la necesidad de un esfuerzo prolongado por parte de los Estados para alcanzar la plena satisfacción de los derechos reconocidos en el Pacto, es decir, cumplir con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en un breve periodo, el derecho de asociación es uno de ellos y prevé: adoptar medidas legislativas, administrativas y judiciales; comprometer hasta el máximo de los recursos disponibles; garantizar el disfrute de los derechos sociales sin ningún tipo de discriminación; garantizar, incluso en situaciones de crisis, el contenido esencial de los derechos sociales; vigilar la situación de los derechos sociales y contar con información detallada al respecto; y no adoptar medidas de carácter deliberadamente regresivo (arts. 25 al 30).

El Comité de los DESC identificó como medidas regresivas el derogar o suspender oficialmente la legislación necesaria para seguir disfrutando uno o varios de los derechos reconocidos en el Pacto (art. 56), promulgar legislación o adoptar políticas que sean manifiestamente incompatibles con las obligaciones jurídicas nacionales o internacionales preexistentes en relación con uno o varios de los derechos reconocidos en el Pacto (art. 57), y adoptar medidas que sean incompatibles con las obligaciones básicas de los Estados Parte del PIDESC.

Los aludidos elementos reflejan la falta del control convencional en el modelo laboral mexicano. El fortalecimiento del control corporativo sindical por parte del Estado y patronos en las JCA⁶ y autoridades registradoras y, los contratos de protección patronal que ocupan el 90% de los contratos registrados,⁷ evidencian esta ausencia. Las reformas laborales que ha promovido el gobierno mexicano tienden a restringir el derecho de asociación⁸ al mantener la discrecionalidad en la interpretación y aplicación de las normas nacionales al dejar intocable la estructura de las instancias de administración de justicia⁹ y, peor aún, condicionar el ejercicio de derechos esenciales, en el caso de huelga y titularidad de la contratación colectiva, a controles administrativos que están vinculados con el registro de la afiliación sindical. Si dichas iniciativas se aprobaran, suprimiría el reducido espacio del derecho de asociación sindical. En este contexto es claro que el principio *pro homine* también es ajeno.

En relación con el debido proceso, para facilitar este estudio, nos enfocaremos al sistema interamericano, en particular, en la Convención Americana, la cual en su artículo 8, consagra esta garantía. En su punto 1, reconoce el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial; y en su punto 2, las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso; ambas se complementan con el artículo 25 de dicho instrumento y prevén, entre otros, el derecho a un recurso sencillo y rápido. Al respecto, la Corte Interamericana ha sostenido que las garantías al debido proceso son aquellos requisitos necesarios en una instancia procesal para que las personas puedan defender sus derechos frente a cualquier tipo de acto del Estado que las afecte;¹⁰ y ha advertido, que en los procesos laborales, existe un amplio margen

⁶ Bensusán, Graciela (coord.), *Diseño legal y desempeño real: instituciones laborales en América Latina*, 1a. ed., Universidad Autónoma Metropolitana- Porrúa y Cámara de Diputados, México, 2006, pp. 366-367

⁷ Bouzas, Ortiz, José Alfonso (coord.), *Contratación Colectiva de Protección en México Informe a la Organización Regional Interamericana de Trabajadores ORIT*, 2a. reimpr., UNAM, 2008, pp. 215.

⁸ Bouzas, Ortiz, José Alfonso (coord.), *La Reforma laboral que necesitamos. ¿Cómo transitar a una auténtica modernización laboral?*, 1a. reimpr., UNAM, 2004

⁹ El gobierno mexicano incurre en responsabilidad internacional acorde con la Opinión Consultiva OC-14/94, 9 diciembre 1994 y en cuanto a niveles de responsabilidad del Estado y sus agentes ver artículo 4 de la Comisión de Derecho Internacional.

de discrecionalidad. En el caso de México, se acentúa frente a autoridades laborales que no son imparciales e independientes,¹¹ dada su integración y adscripción al Poder Ejecutivo, menoscaba de origen la administración de justicia y el debido proceso. Defecto del sistema de justicia laboral que se relaciona con los intereses involucrados de los integrantes y responsables de la administración de justicia, pues les permite intervenir a lo largo del proceso y en la resolución consecuente. Por otra parte, amplia la discrecionalidad en la aplicación de la ley, hace evidente la falta de legalidad y lentitud en el proceso. Es así que respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la demora injustificada en la decisión de una controversia torna en "ilusorios e inefectivos" los recursos para acceder a la justicia;¹² criterio que fue ratificado por la Corte Internacional de Justicia en el caso Avena.¹³

Cada uno de los elementos mencionados impactan negativamente en las organizaciones sindicales y directamente a sus afiliados, pues la dilación adquiere un carácter trascendente ya que se considera que *"justicia lenta es justicia denegada"*. Durante el tiempo que dura el procedimiento, los actos de injerencia patronal y gubernamental tales como discriminación y violencia, que se ejercen en contra de los trabajadores miembros de la organización que pretende un registro sindical, la firma o titularidad de un contrato colectivo de trabajo, además de los despidos, las amenazas a la integridad personal y familiar, son una constante.

Las mencionadas condiciones inhiben la afiliación sindical y obstaculizan las posibilidades de acción de los gremios y el cumplimiento de sus objetivos, en particular la posibilidad de acceder a una negociación colectiva auténtica. Proceso de concertación que permite preservar y mejorar las relaciones de trabajo y facilita el

¹⁰ Caso Ricardo Baena y otros párr. 124-125 y Caso Ivcher Bronstein párr. 103, Corte Interamericana de Derechos Humanos, también es ilustrativo el Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez en la Opinión Consultiva OC-16/99, 1 octubre 1999.

¹¹ E/CN.4/2002/72/DD.1, "Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Dato Param Coomaraswamy, presentado de conformidad con la resolución de 2001/39 de la Comisión de Derechos Humanos", Comité Económico y Social de las Naciones Unidas, 24 enero 2002, párr. 149.

¹² Informe no. 43/96, Corte Interamericana de Derechos Humanos, General Gallardo José Francisco, 15 octubre 1996, párr. 53.

¹³ Caso Avena y otros, Corte Internacional de Justicia, sentencia 31 marzo 2004.

vínculo entre el modelo laboral, las políticas públicas y al diálogo social con interlocutores legítimos; este último, ampliamente recomendado por la OIT.

II. ANÁLISIS DE LAS JURISPRUDENCIAS

Las jurisprudencias analizadas 86/2000 y 56/2004, emitidas por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituyen el fundamento de buena parte de las resoluciones dictadas por las autoridades encargadas del registro y la llamada toma de nota.

El modelo laboral mexicano tiene como característica particular el contraste entre la ley y la realidad. Lo anterior derivado del sistema de control corporativo, cuyos mecanismos tienen profundas raíces históricas y se reflejan en el entorno político e ideológico que genera constantes dificultades en contra de la organización libre y la posibilidad de contratación colectiva auténtica. Dos datos duros lo dicen todo: tan solo uno de cada cien trabajadores en nuestro país forma parte de una organización sindical auténtica y democrática, y subsiste como fenómeno generalizado los llamados contratos colectivos de protección patronal.¹⁴ Estas condiciones muestran que el sistema de relaciones de trabajo debe ser revisado en el ámbito de las NIDH y Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Las jurisprudencias dictadas por nuestro máximo tribunal de justicia en temas sobre libertad de asociación, han adquirido los últimos años gran trascendencia al delinear las pautas que deben seguir los tribunales para la interpretación concreta de las normas en materia de trabajo. Destaca en este sentido la tesis jurisprudencial PJ43/99, que emitió el Pleno de la SCJN, la cual define aspectos fundamentales que deben regir para el ejercicio de esta garantía social, declarando

¹⁴ Cfr. Bensusán, Graciela y Alcalde, Arturo, *Trabajo y trabajadores en el México contemporáneo*, 1a. ed., Porrúa, México, 2000, pág. 147. Cuadro con la tipología, modalidad operativa y función. Los contratos colectivos de protección patronal constituyen una práctica en México, mediante la cual el patrón escoge al sindicato acorde a sus intereses y firma con su secretario general un contrato colectivo al margen de la voluntad de los trabajadores para evitar que éstos se organicen y reclamen un contrato colectivo real, impidiendo también el ejercicio del derecho de huelga.

inconstitucional la llamada sindicación única prevista en diversas leyes o estatutos por violar la libertad sindical consagrada en el artículo 123 constitucional.

Una fuente destacada para normar la orientación de estas garantías deviene de las jurisprudencias dictadas por contradicción de tesis, dos de ellas, corresponden al análisis que nos ocupa.

- Jurisprudencia 86/2000

SINDICATOS. LA AUTORIDAD LABORAL TIENE FACULTAD PARA COTEJAR LAS ACTAS DE ASAMBLEA RELATIVAS A LA ELECCIÓN O CAMBIO DE LA DIRECTIVA, A FIN DE VERIFICAR SI EL PROCEDIMIENTO SE APEGÓ A LOS ESTATUTOS O, SUBSIDIARIAMENTE, A LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.- Es cierto que en la Ley Federal del Trabajo no existe ningún precepto legal que faculte de manera expresa a la autoridad del trabajo encargada de tomar nota del cambio de directiva de los sindicatos, para cotejar si las actas y documentos que le presentan los representantes sindicales se ajustan, o no, a las reglas estatutarias, sin embargo, tal facultad se infiere con claridad de la interpretación armónica y concatenada de los Artículos 365, Fracción III, 371 y 377, Fracción II de la Ley Federal del Trabajo, en cuanto establecen que para obtener su registro, los sindicatos deben exhibir copia de sus estatutos, los cuales deben reglamentar los puntos fundamentales de la vida sindical y que deben comunicar los cambios de sus directivas," acompañando por duplicado copia autorizada de las actas respectivas"; requisitos que, en conjunto, justifican que la autoridad laboral verifique si el procedimiento de cambio o elección de directiva se apegó a las reglas estatutarias que reflejan la libre voluntad de los agremiados, máxime si se toma en consideración la gran importancia de la toma de nota, ya que la certificación confiere a quienes se les otorga no solo la administración del patrimonio del sindicato, sino la defensa de sus agremiados y la suerte de los intereses sindicales. En tal virtud, no es exacto que ese cotejo constituya una irrupción de la autoridad en demérito de la libertad sindical consagrada en la Carta Fundamental, y tampoco es verdad que la negativa a tomar nota y expedir la certificación anula la elección, pues esto solo podría ser declarado por una Junta de Conciliación y Arbitraje, oyendo a los afectados a través de un juicio, quienes en todo caso, podrán impugnar esa negativa a través del juicio de garantías.

CONTRADICCIÓN DE TESIS 30/2000-SS. ENTRE LAS SUS-
TENTADAS POR EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA
DE TRABAJO, AL RESOLVER EL TOCA RT.211/92 Y EL SEGUNDO
TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO, AL RESOLVER
LA REVISIÓN 121/91.

Jurisprudencia emitida para resolver la contradicción de tesis sustentada entre dos Tribunales Colegiados de Circuito. El primero sostenía que las autoridades carecían de facultades para revisar si los cambios de una directiva sindical se ajustan a los requisitos establecidos en sus estatutos y en la ley, toda vez que esta última no otorga facultades para revisar cambios en la directiva sindical y por tanto, debía apearse al principio de derecho de que la autoridad únicamente puede hacer aquello que la ley expresamente le permite. El segundo órgano Colegiado formuló una opinión contraria, bajo el sentido de que cuando la autoridad laboral, en el caso de la toma nota de una directiva sindical analice las constancias que se exhiben y verifique que satisfacen el procedimiento y requisitos de los estatutos y de la ley, debiendo dictar una resolución fundada y motivada conforme a los criterios jurisprudenciales aplicables, esto es, está obligado a señalar con precisión las circunstancias especiales, razones particulares, o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto.

La Segunda Sala apoyó el criterio sostenido por este último tribunal he hizo una interpretación restringida al artículo 123 de la Carta Magna y en las disposiciones legales que tienen relación con el registro sindical y la toma de nota de la Ley Federal del Trabajo; haciendo énfasis en las reglas que deben cumplir los estatutos conforme a dicha ley. Sobre la base de la importancia de la llamada "toma de nota" sostiene que "si la autoridad no tuviera la obligación de cotejar lo actuado, materialmente con los términos estatutarios, todos los requisitos y garantías establecidos en la ley serían ociosos".

De la simple lectura de la resolución de esta contradicción de tesis, se percibe la ausencia en su argumentación y fundamentación de las NIDH, en particular del Convenio 87 de la OIT; pues sólo toma como referencia, la Carta Magna y la Ley Federal del Trabajo.

- Jurisprudencia 56/2004

SINDICATOS. SÓLO PUEDEN CONSTITUIRSE POR TRABAJADORES EN ACTIVO O POR PATRONES Y PARA EFECTOS DE SU REGISTRO DEBE DEMOSTRARSE LA CALIDAD DE SUS AGREMIADOS.- De los Artículos 123 Apartado A, Fracción XVI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 8o. y 10 de la Ley Federal del Trabajo, que definen los conceptos de trabajador y patrón, así como 356, 357, 360, 361 y 364 de ésta última legislación, deriva que la representación de los sindicatos de obreros o de patrones debe ser real y auténtica, respecto de los intereses cuyo estudio, mejoramiento o defensa se pretende, por lo que los sindicatos solo pueden constituirse, según sea el caso, por trabajadores en activo o patrones, pues considerar lo contrario, llevaría al extremo de hacer posible que cualquier grupo de personas integrado por el número mínimo de miembros previsto en el numeral citado, pueda constituir un sindicato de obreros o de empresarios, sin tener ese carácter, lo que se traduciría en la imposibilidad de cumplir real y efectivamente con la finalidad que orienta el nacimiento de esas agrupaciones, razón por la que para efectos del registro de las citadas agrupaciones ante la autoridad del trabajo correspondiente, debe acreditarse, como presupuesto necesario, que los agremiados del sindicato que se pretende registrar, efectivamente tengan el carácter de trabajadores o de patrones, según sea el caso, además de cumplir con los requisitos impuestos por el diverso Artículo 365 de la referida ley obrera.

CONTRADICCIÓN DE TESIS 172/2003-SS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO Y EL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Como se observa en el texto de la jurisprudencia, la contradicción se originó en criterios divergentes relativos a los requisitos que se deben cubrir para el registro de un sindicato. En el primer caso, se trata de un grupo de trabajadores que acudieron ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social para solicitar su registro, el cual fue negado, con el argumento de que dichos solicitantes no acreditaron su calidad de trabajadores y la relación de trabajo subordinado con la

empresa. Ante esa negativa acudieron ante un Juez de Distrito, quien les negó el amparo sosteniendo que debían acreditar la calidad del sujeto que solicita el registro sindical, sea trabajador o patrón, al ser un requisito de fondo, pues el artículo 366 de la ley laboral, que hace referencia a las causas para negar el registro, parte del supuesto de que la asociación solicitante acredite la naturaleza de su organización de patronos o trabajadores. El Juez de Distrito consideró que la obligación es una norma de definición que adquiere un carácter imperativo y que la negativa del registro no sólo puede darse cuando falten los requisitos de forma que señala dicho numeral, esto es, que el sindicato no se proponga la finalidad prevista en la ley la cual consiste en el estudio, mejoramiento y defensa de los intereses de los miembros, que no se constituya con un mínimo de veinte miembros, y que no se exhiban los documentos a que se refiere el numeral 365 de la norma invocada, consistentes en copia del acta de la asamblea constitutiva, la lista de los miembros, la copia de los estatutos y la copia del acta de la asamblea en que hubiese sido elegida la directiva.

Los trabajadores solicitantes del registro acudieron en vía de revisión ante el Tribunal Colegiado con objeto de impugnar la resolución del Juez y bajo la ponencia del Magistrado César Esquinca, se obtuvo una sentencia favorable; en ella se establece que conforme al artículo 365 de la ley laboral, que hace referencia a los requisitos que deben cumplirse para el registro de un sindicato, no se señala la obligación consistente en acreditar la relación de trabajo subordinada y la calidad de trabajadores de los integrantes, en consecuencia, consideró que la Juez de Distrito no tuvo razón al confirmar la negativa por parte de la Secretaría del Trabajo y que se causó agravio a los quejosos, por lo que revocó la citada sentencia.

Por su parte, otro Tribunal Colegiado sostuvo un criterio en oposición al arriba comentado en relación con el registro sindical. En esta ocasión se trató de un grupo de transportistas quienes solicitaron un registro patronal ante la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de Chiapas, el cual les fue negado bajo la consideración de que no habían acreditado fehacientemente su carácter de patronos, requisito que a juicio de la Junta, resultaba fundamental. Como en el caso anterior, se acudió ante el Juez de Distrito quien confirmó la negativa de la protección solicitada; ante esta circunstancia, se promovió la revisión al Tribunal Colegiado con

residencia en su entidad. El tribunal revisor confirmó el criterio de la Junta Local y consideró que si bien es cierto, dicho requisito no está contemplado expresamente dentro de los exigidos por la ley, los solicitantes están obligados a acreditarlo como un elemento esencial relativo a la calidad laboral que ostentan.

La contradicción de criterios fue denunciada por este último Tribunal Colegiado, con el fin de que la Suprema Corte de Justicia se pronunciara al respecto. El máximo tribunal concluyó que tenía razón el Tribunal Colegiado con residencia en Chiapas. Sostuvo que la controversia de fondo estribaba en determinar si los solicitantes del registro de un sindicato están o no obligados a demostrar ante la autoridad laboral correspondiente su calidad de patrones o trabajadores, que para los efectos de la ley tienen los mismos requisitos y después de analizar los conceptos de patrón, trabajador, sindicato, requisitos de registro y causas de negativa, reconoció que el artículo 366 del Código Laboral establece limitativamente los supuestos en que procede negar el registro de una agrupación, sin embargo, y a pesar de ello, opinó que como presupuesto necesario, los agremiados de cualquier sindicato que pretenda su registro deben acreditar el carácter de trabajadores o patrones, además de cumplir con los requisitos impuestos por el precepto 365 de la ley de la materia. Los argumentos fundamentales de la sentencia dictada por unanimidad de los integrantes de la Segunda Sala están contenidos en el texto de la jurisprudencia señalada con anterioridad. En la fundamentación de esta resolución es evidente la ausencia de criterios o interpretación de las NIDH y del Convenio 87.

III. ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD ENTRE LAS SENTENCIAS Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Es difícil valorar cualquier decisión judicial haciendo abstracción de la realidad. Es claro que el juzgador se guía por el contenido de la ley y del expediente, sin embargo, el hecho de que las jurisprudencias 86/2000 y 56/2004 se hayan convertido en medios privilegiados de la autoridad para fortalecer los mecanismos de control, nos obliga a revisar tres aspectos importantes: el entorno político-laboral en que se desarrolla, las implicaciones de las decisiones y la auténtica naturaleza de la llamada autoridad registral.

El sistema laboral mexicano difícilmente sería comprensible si no abordáramos aspectos referidos a su génesis, que nos permita entender el entramado y los actores que forman parte del modelo corporativo de control sindical existente. Desde el nacimiento de la primera central obrera, la Confederación Regional Obrera Mexicana (CROM), los líderes sindicales establecieron una relación de subordinación y mediación con el Estado. Épocas de auge y movilización coadyuvaron a la consolidación del partido de Estado y de un sistema de control estatal de la vida gremial que se reflejó en la Ley Federal del Trabajo de 1931. La definición para reconocer a un sindicato, se convirtió en la vía para regular la contratación colectiva, tema de alta trascendencia política. La simbiosis Estado-sindicatos se modificó en las últimas décadas con la apertura comercial y la creciente influencia del empresariado, que se considera facultado para decidir la organización sindical encargada de administrar el contrato colectivo de trabajo en su negocio. Con los años, la fuerza del sindicalismo como aliado estratégico del Estado disminuyó, decayó su afiliación y deterioró su imagen frente a la población; la práctica del contratismo de protección se generalizó como expresión del modelo de simulación, corrupción y afiliación forzada vía la llamada cláusula de exclusión, y de un conjunto de prácticas sustentadas en la convicción de que el patrón tiene el derecho de imponer el sindicato de su preferencia en el centro de trabajo. Estas circunstancias desnaturalizan la esencia de las relaciones laborales y de la contratación colectiva que implica la fijación del precio y las condiciones de trabajo.

En este entorno de control, el registro sindical y la toma de nota, que constituyen la materia de las jurisprudencias en estudio, son pilares del sistema laboral. Para que un sindicato o su directiva obtengan reconocimiento legal requieren la autorización de la STPS a nivel federal, o de la JCA en el ámbito local. Sin el documento al que se refiere la fracción IV del artículo 692 de la Ley Federal del Trabajo (LFT) que otorga la autoridad registradora, no existe posibilidad de acción alguna, tampoco se puede acceder a la contratación colectiva, ni a la administración y manejo de los bienes del sindicato. Al respecto, son reveladoras las recientes declaraciones del actual Secretario del Trabajo y Previsión Social, Javier Lozano Alarcón, con motivo de la toma de nota de la directiva del Sindicato Mexicano de Electricistas (SME) que le fue negada, limitando así la representación y defensa de sus afiliados ante el cierre de su centro laboral y despido de 44 mil trabaja-

dores¹⁵ "El sindicato tiene su registro en la STPS, pero ninguno de sus miembros cuenta con la toma de nota para fungir como representante legal del sindicato. Por ende, no pueden celebrar actos jurídicos ni actuar en tribunales; no tiene acceso a las chequeras y cuentas bancarias donde están depositados sus recursos, no pueden vender, arrendar, ni dar en comodato sus bienes inmuebles. Es lo más cercano a la 'nada jurídica'".

El derecho de asociación sindical incluyendo su autonomía, son nulificados en el proceso de registro sindical y actualización de toma de nota de la elección de directivas, estatutos y padrones de socios, son elementos fundamentales para acreditar la personalidad jurídica. Estos actos teóricamente tienen carácter declarativo, pero sucumben ante el hecho de conferirles un carácter constitutivo, que la LFT no les otorga, ignorando cualquier interpretación en favor de los derechos y libertades de los trabajadores, que impone la discrecionalidad y arbitrariedad en la aplicación de la ley y convierte a las jurisprudencias en estudio en el referente para su restricción, por ende, contravienen los artículos 2 y 3 del Convenio 87 de la OIT, las NIDH y la jurisprudencia emitida al respecto por el Comité de Libertad Sindical¹⁶ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La facultad que se otorgó a la autoridad registradora en la jurisprudencia 86/2000 para intervenir en el fondo y forma de los procedimientos internos de elección de su directiva, contenido y reformas estatutarias y padrón de socios en el reconocimiento de nuevos miembros con motivo de las altas y bajas, argumentado la aparente inocua fórmula de "cotejo" a actas y estatutos por la seguridad jurídica de los propios trabajadores,¹⁷ actualiza la injerencia gubernamental en su vida interna. Así, un mero trámite declarativo, el cual no debería durar más de 60 días en caso de registro, y 3 en caso de actualización, se convierte en un proceso tortuoso, complejo y lento que abre la puerta a la instancia registradora para evitar

¹⁵ Lozano, Javier, "Los caminos del SME", *El Universal*, México, 26 de julio 2010, editorial.

¹⁶ *Cfr.* Recopilación 2006 del Comité de Libertad Sindical, entre otros, párrs. 35, 36, 331, 333, 336, 375, 761, 763, CIDH, Informe Anual 2002, Venezuela, parr. 49, Caso Ricardo Bahena, sentencia 02 de febrero de 2001, parr. 151, Caso Huilca Tecse, Sentencia de 3 de marzo de 2005.

¹⁷ *Cfr.* Recopilación 2006 del Comité de Libertad Sindical párrs. 272, 273, 279, 294, 295, 296, 303.

o dilatar el registro de sindicatos o la actualización de tomas de nota de comités ejecutivos "inconvenientes", para controlar el radio de operación de la organización limitando la pluralidad sindical y su programa de acción, y en un fuerte condicionamiento al registro de alta y baja de socios, tendiente a la disminución de afiliados, en una evidente discriminación, que llega al grado de exigir que el patrón firme y certifique el padrón de socios para reconocer la relación de trabajo, pudiendo negarse o tardarse el tiempo que quiera para hacerlo, poniendo en jaque al sindicato y en riesgo la contratación colectiva. La aplicación de la ley suele seguir una máxima muy antigua de la política mexicana: "*A mis amigos el criterio y la gracia, a mis enemigos, la ley a secas*". Estas limitaciones han sido reconocidas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT,¹⁸ que con motivo de diversas quejas, ha formulado diversas recomendaciones,¹⁹ lamentando el sistema fundado en la toma de nota y la duración excesiva con que se practica. Las observaciones incluyen el ámbito de las reformas legislativas, procedimentales y administrativas.²⁰ Las jurisprudencias en comento, no tomaron en consideración la riqueza de estos precedentes.

En relación con la toma de nota, conviene considerar la opinión específica del Comité de Libertad Sindical de la OIT "El registro de las Comisiones directivas de las organizaciones sindicales deberá producirse automáticamente tras la notificación por parte del sindicato, y sólo deberá ser impugnabile a petición de los afiliados del sindicato en cuestión".²¹

Los obstáculos al registro sindical y toma de nota en México son inagotables, por lo que han sido motivo de queja también ante las Oficinas Nacionales Administrativas derivadas del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN) signado por los gobiernos de México, Canadá y Estados Unidos, el 13 de septiembre de 1993, paralelo al Tratado de Libre Comercio concertado entre dichos países.

¹⁸ Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo; Conferencia Internacional del Trabajo, 97a. Reunión de Trabajo, pag. 108, y Bensusan, Graciela, (coord.), *op cit.*, nota 6. pp. 332.

¹⁹ Véase las recomendaciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical en los casos 460, 2346, 2347, 2393, 2478, 2536.

²⁰ Estadísticas por país, Recomendaciones por categorías 1990-marzo 2009, publicadas en <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/libsynd/index.cfm?Lang=SP&hdroff=1&CFID=48151967&CFTOKEN=71506844>.

²¹ *Cfr.* Recopilación 2006 del Comité de Libertad Sindical, párr. 403.

Con objeto de clarificar las prácticas mediante las cuales las autoridades obstaculizan el registro sindical, identificamos las siguientes:

- a) La incompetencia de las autoridades federal o local esgrimida bajo cualquier pretexto, que obliga a los solicitantes a desahogar largos procesos ante los Jueces de Distrito, y después la revisión ante los Tribunales Colegiados, cuya duración aproximada es de un año. Muchas veces el resultado de la gestión se limita a ordenar que se inicie el procedimiento de registro.
- b) Acreditar documentalmente la existencia del patrón. Basta señalar que en reciente solicitud de registro planteado por los técnicos y profesionistas de Petróleos Mexicanos, la primera exigencia de la STPS fue acreditar la existencia de tal empresa para poder analizar su solicitud, cuando se trata de entes públicos, la información puede ser obtenida vía decreto o ley de creación, pero en el caso de empresas privadas, las complejidades son mayúsculas, simplemente entre el nombre comercial y la razón social.
- c) Limitación al radio de acción del sindicato, rama de industria o servicio en la que pretende operar la organización solicitante, para ello se aprovecha una tipología restrictiva.²²
- d) Supuesta coexistencia entre trabajadores de base y de confianza, al exigir medios de prueba para su identificación.
- e) Inventar aparente confusión en el texto estatutario, por ausencia de normas legales o supuestas contradicciones.
- f) Acreditar con detalles las formas en que se expresó la voluntad constitutiva. Se llega al extremo de ordenar inspecciones en la empresa que ponen en riesgo la necesaria secrecía de este proceso.

²² En esta tipología es interesante la historia del sindicato de futbolistas que originó la Tesis: I.3o.T.103, SINDICATOS. CUANDO UNA ORGANIZACIÓN COLECTIVA SE CONSTITUYE COMO NACIONAL Y SOLICITA SU REGISTRO COMO TAL, PERO LA JUNTA DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DE SU CONOCIMIENTO LO EFECTÚA CON EL CARÁCTER DE LOCAL, CON ELLO INFRINGE LA GARANTÍA DE LIBERTAD SINDICAL.

- g) Exigir firmas por parte de la propia empresa para acreditar relación laboral o certificación de documentos.
- h) Alegar inconsistencias en el padrón de socios por razones de forma, caren-tes de trascendencia.

Un obstáculo común al ejercicio del derecho de asociación sindical se vincula con acreditar la relación de trabajo, de aquí la trascendencia de la jurisprudencia 56/2004, pues fortalece una práctica viciosa que agrega indebidamente un requisito a los señalados en el artículo 365 de la LFT para obtener un registro sindical, cuando es evidente que los sindicatos están integrados por trabajadores o patrones. La legitimación de este requisito es utilizado por las autoridades registradoras para oponerse a los sindicatos auténticos, especialmente en el sector más necesitado de representación y defensa gremial real, que es el de la pequeña y mediana industria y donde la contratación colectiva de protección patronal ha sentado sus reales.

¿Con qué medio se puede probar una relación de trabajo? Mediante el recibo de pago o constancia de seguridad social, la autoridad lo definirá discrecionalmente. Debe ser tomado en consideración que en la inmensa mayoría de los centros de trabajo del país no se dan recibos de pago, ni constancias de seguridad social, por lo que, la exigencia de este requisito coloca en estado de indefensión a los sectores más vulnerables. ¿Cuántos sindicatos reales existen en los pequeños negocios, comercios, restaurantes, oficinas o en el campo? ¿Cómo podrían obtener un registro sindical los miles de trabajadores a quienes no se les reconoce relación laboral formal pagándoles por honorarios, propinas u obligándolos a formar parte de una falsa cooperativa o sociedad civil?

El error de las jurisprudencias enunciadas estriba en partir de la premisa de un mundo ideal que no existe. Sin duda de buena fe, se pretendió generar un elemento de legitimidad a la vida sindical, sin embargo, el efecto real fue agregar un obstáculo más al difícil camino que sufren los trabajadores para obtener un registro sindical con una organización que los represente. Por ejemplo, el reciente caso de la huelga en la gasolinera Autoservicio Belem en la Ciudad de México,

es orientador. Se trata de los pocos casos en que los trabajadores de un pequeño centro de trabajo se organizaron en un sindicato auténtico. Su huelga fue declarada inexistente por la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del D.F. por una supuesta mayoría que votó en contra de la huelga, pues la autoridad se apoyó en las nóminas elaboradas unilateralmente por el patrón, y en las constancias de registro en la seguridad social que éste le presentó para acreditar la relación laboral. Con este criterio discriminatorio para elegir quienes tenían derecho al voto se excluyó a la mayoría de los auténticos trabajadores, precisamente a los más necesitados de la defensa gremial, los cuales no aparecen en los listados formales de la empresa, ya que únicamente reciben propinas por su trabajo y carecen de inscripción al sistema de seguridad social. ¿Cómo puede acreditar un trabajador su relación laboral cuando está en manos del patrón reconocerla? Solicitar una constancia al respecto puede significar el despido.

Nuestro máximo tribunal al exigir el requisito de acreditar la relación laboral, desestimó que al no existir dicho requisito en el texto legal, los solicitantes no lo atienden, por lo que suelen obtener una negativa fulminante a pesar de cumplir estrictamente con la norma aplicable. El argumento de la Corte es que por definición, el sindicato se integra por trabajadores o patrones y deduce que en consecuencia es necesario acreditar tal calidad. Bajo esta línea de ideas, también sería necesario acreditar la nacionalidad de los solicitantes para certificar que los extranjeros no estén formando parte de la directiva, o exhibir actas de nacimiento para además demostrar que se cumple con los requisitos de edad mínima.

Un elemento clave para evaluar si en estas jurisprudencias se incorporan los derechos humanos laborales, se relaciona con la naturaleza de la autoridad registradora, como se ha mencionado, es la STPS a través de la Dirección General de Registro de Asociaciones y las JCA. Primero debe quedar claro que no se trata de Jueces que dicten sus resoluciones atendiendo a la norma y a las constancias de autos, son instancias dependientes del Poder Ejecutivo Federal o Local según la competencia, donde el titular de la dependencia y en algunas ocasiones el propio ejecutivo, tratándose de asuntos de especial importancia, son los que deciden la suerte de un registro o una toma de nota. Así ha quedado demostrado en los recién-

tes conflictos de los trabajadores mineros o electricistas, cuyos secretarios generales, con liderazgo evidente, carecen de toma de nota.

Por lo que se refiere a las JCA, estas tienen una composición tripartita y están integradas por el representante del gobierno local, que por lo general atiende los señalamientos del ejecutivo local, los representantes de los patrones, y las que representan a la organización sindical hegemónica en la zona. Estos dos últimos llegan a esa posición a partir de una supuesta elección que en la práctica suele ser una ficción²³ orientada a mantener el control de la Junta sobre el registro sindical y la contratación colectiva. Es fácil imaginar el conflicto de intereses que se actualiza cuando se pretende registrar un sindicato el cual busca defenderse de la organización sindical cuyo representante forma parte de la JCA, o del patrón, que es también integrante de dicha instancia. Esta condición les permite tener información pronta y precisa de los trabajadores que pretenden un registro, una titularidad, o la firma de un contrato colectivo. Una vez identificados los inconformes, suelen generarse despidos, amenazas y agresiones que impactan negativamente la organización al inhibir la afiliación sindical, lo que limita su posibilidad de acción y defensa de sus intereses.

Es fácil y bastante común dilatar el procedimiento registral o de toma de nota dependiendo del sindicato de que se trate, la autoridad registradora suele imponer los tiempos discrecionalmente. Se apoya en que la jurisprudencia le permite amplias facultades para investigar si se da o no cumplimiento a la ley y a los estatutos. Las aclaraciones, observaciones y modificaciones son el mecanismo idóneo.

La integración y dependencia de las autoridades registradoras y JCA explican en gran medida que la mayor parte de los registros sindicales otorgados a organizaciones autónomas derivan del cumplimiento de una ejecutoria del Poder Judicial Federal, no del consentimiento original de la entidad registradora.

Nuestro máximo tribunal, al dictar las jurisprudencias en estudio, debió tener en cuenta que estaba dotando a estas entidades de medios para fundar una

²³ Alcalde, Justiniani, "La farsa de la elección obrera y patronal", *La Jornada*, México, 30 septiembre 2006.

actitud restrictiva de la vida sindical democrática, fortaleciendo el monopolio sindical. Es cierto, no se puede pedir a la Corte consideraciones ajenas a la norma legal, sin embargo, conocer la realidad y una interpretación extensiva y protectora de la libertad y derechos de los trabajadores son esenciales, está obligada, al ser el órgano mediante el cual las NIDH se incorporan a nuestra legislación. La discrecionalidad con la que actúa una autoridad, que en este caso realiza actos administrativos no sujetos a la hipótesis jurisdiccional, permite un amplio margen de maniobra, y genera un conjunto de prácticas que agregan mayor dificultad a los que acuden en busca de justicia. Un ejemplo ilustra al respecto: algunas autoridades antes de otorgar el registro de un sindicato consideran necesario llevar a cabo una inspección para confirmar la relación laboral que se afirma, con la autenticidad de las firmas o incluso la ratificación personal de cada uno de los trabajadores. Este acto puede valorarse como positivo en términos de la legitimidad del proceso, pero también resultar funesto para los trabajadores solicitantes del registro, ya que un representante de la autoridad se apersona en la fuente de trabajo y frente a su patrón y el líder sindical rechazado por los trabajadores, se obliga a éstos a expresar de viva voz su voluntad de formar otro sindicato, lo cual trae como consecuencia represalias como el despido o eventuales riesgos a su propia integridad. Por tal motivo, es muy importante que el procedimiento registral se desahogue ante una entidad imparcial, autónoma y respetuosa de las normas vigentes en el país, nacionales e internacionales. Las jurisprudencias en comento, han fortalecido las facultades de estas instancias que operan en buena medida como instrumentos de control. Por ello, uno de los reclamos importantes en el ámbito de la reforma legal es que la justicia laboral esté adscrita al Poder Judicial, o al menos, que exista un órgano autónomo que ventile estos procesos.

En materia de derecho de asociación sindical, el contar con resoluciones prontas y expeditas a través de recursos sencillos es fundamental, con mayor razón un registro sindical. La LFT en su artículo 366, permite a la autoridad resolver hasta en un término de 60 días, pero este plazo en la práctica, busca ampliarse mediante "observaciones" a la documentación presentada por los solicitantes, pudiendo alargarse sin límite alguno, pues los requerimientos pueden ser continuos. Con esta tardanza se inhibe el espíritu organizativo y se facilita la instrumentación de mecanismos de represión. Cuando se trata de sindicatos o membretes conside-

rados favorables al sistema de control gubernamental o empresarial, las reglas son sensiblemente distintas, operan miles de registros en todas las ramas de industria derivados de procesos de acreditación que se realizaron con agilidad y sin obstáculo alguno, al tener de su lado los tribunales, pues son sus integrantes.

Por lo que se refiere a la actualización de la toma de nota, la ley no señala plazo en que debe responder la autoridad, en consecuencia, debería estarse al principio general contenido en el artículo 735 de la LFT, es decir, tres días hábiles. Obviamente, el término debe ser corto, considerando como se ha dicho, que un sindicato sin este documento no puede actuar jurídicamente. Por ejemplo, una empresa como la Ford, obligada a estar varios días sin ejercitar actos jurídicos, sufriría una grave afectación, lo mismo sucede con un sindicato; sin embargo, las autoridades registradoras suelen abusar de este tiempo apoyándose en la jurisprudencia 86/2000 que los autoriza al "cotejo" entre la ley, los estatutos y la documentación exhibida. Recientemente han inventado que cuentan con 60 días para contestar una toma de nota, por analogía en cuanto al término que contempla la ley para registrar un sindicato. El propio titular de la STPS así lo expresa públicamente en el artículo periodístico ya citado, respecto a otorgar la toma de nota al SME "...Sólo si dentro del plazo de 60 días naturales que nos confiere la ley se logran armonizar las decisiones internas con lo que prevé la propia ley y los estatutos del sindicato...".

Al respecto, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado "La dilación del procedimiento de registro supone un grave obstáculo a la constitución de organizaciones, y equivale a la denegación del derecho de los trabajadores a constituir organizaciones sin autorización previa".²⁴

IV. CONCLUSIONES

Si nos atenemos únicamente al texto de la Carta Magna y de la LFT podría concluirse que el derecho de asociación está reconocido y protegido. En estos textos se apoyan las jurisprudencias comentadas a través de diferentes citas y la argumen-

²⁴ *Cfr.* Recopilación 2006, Comité Libertad Sindical, párr. 307.

tación sustentada en la tutela de los intereses de los trabajadores, sin embargo, el efecto de dichas jurisprudencias genera una mayor afectación a los derechos que se pretende proteger.

Desde el punto de vista estructural, ambas jurisprudencias incurren en argumentos inductivos, toda vez que la conclusión de conceder facultades no está contenida en sus premisas. En efecto, reproducen continuamente el articulado de la LFT, sin que sus razonamientos justifiquen formal o implícitamente su conclusión; omiten apoyarse en otra norma que les permita una perspectiva más amplia, tanto en la cuestión de facultades del juzgador, como de los derechos sometidos a su análisis. Es aplicable el principio *iura novit curia*, es decir, el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente.²⁵

Ambas jurisprudencias inciden en dar facultades a una autoridad que de origen es contraria al control convencional, previsto en las NIDH y ampliamente analizada en las instancias de justicia internacional. En primer lugar, al constreñirse al contenido de la LFT sin considerar las normas internacionales vigentes, creadas para la defensa y protección del derecho de asociación, se genera una transgresión a los compromisos internacionales asumidos por México, en efecto, no se incorpora la legislación internacional vigente, ni jurisprudencia de los órganos internacionales, a pesar de que los juzgadores, como entes de gobierno, son los principales encargados de esta integración.

Crear condiciones para un auténtico ejercicio del derecho de asociación constituye una exigencia democrática y una obligación frente a los compromisos internacionales contraídos, además de congruencia con la participación de nuestro país en el seno de la OIT. México ha sido miembro de su Consejo de Administración, órgano ejecutivo, en 20 periodos, en 13 se ha desempeñado como miembro titular, y en 7 como miembro adjunto, la última etapa en esta posición fue de 2005

²⁵ Caso Cinco Pensionados *vs.* Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia 28 febrero 2003, párr. 156.

a 2008.²⁶ Entre los miembros titulares del Consejo de Administración de la OIT, para el periodo 2008-2011 se encuentra un mexicano.²⁷ Es precisamente del 2005 al 2010 cuando se han presentado la mayor cantidad de denuncias por violaciones al derecho de asociación sindical ante el Comité de Libertad Sindical de dicha organización mundial.²⁸

Un elemento más que obliga a la congruencia se refiere a los encargados de la vigencia del control convencional; nuestro país ha tenido dos Jueces, ambos Presidentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Héctor Fix Zamudio (1990-1993) y Sergio García Ramírez (2004-2007).²⁹ En la Corte Internacional de Justicia han transitado cinco Magistrados mexicanos: Isidro Fabela (1946-1952), Roberto Córdova (1955-1964) y Luis Padilla Nervo (1964-1973) y Bernardo Sepúlveda Amor, nombrado en noviembre de 2005 y quien antes de llegar a ese puesto, fue durante diez años, miembro de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU.³⁰ A pesar de todo lo anterior, no han permeado las NIDH en nuestro derecho interno, como se evidencia en las jurisprudencias materia de estudio. La Corte Interamericana ha sostenido que "...es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención..." "...un principio de derecho internacional que el Estado debe responder por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aún si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno".³¹

En segundo lugar, la argumentación inductiva y circular utilizada en las jurisprudencias, tiende a ampliar las limitaciones en la aplicación e interpretación de la

²⁶ Misión Permanente de México ante los Organismos Internacionales con sede en Ginebra en <http://www.sre.gob.mx/>

²⁷ Comunicado Conjunto de la Secretaría de Relaciones Exteriores y Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 4 de junio de 2008, México miembro titular del Consejo de Administración de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), para el periodo 2008, 2011 en <http://www.sre.gob.mx/>.

²⁸ Reportes estadísticos de la base de datos "qvilis", 1990-jun 2010, revisada el 28 de agosto de 2010 en <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes>.

²⁹ *Cfr.* <http://www.corteidh.or.cr/>

³⁰ *Cfr.* <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/>

³¹ Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia 28 febrero 2003, párr 163.

norma pues se constriñe a la LFT y tiene efecto contrario al principio *pro homine* contenido en los artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del PIDCP que señala: "Debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos, y por el contrario a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites a su ejercicio". Las jurisprudencias actuaron en sentido contrario, al eliminar controles al ejercicio del poder y restringir derechos.

La realidad en el mundo laboral, como se ha descrito en el presente documento, refleja las contradicciones y limitaciones que implican aplicar las jurisprudencias 86/2000 y 56/2004, ya que los requisitos que impone a los trabajadores constituyen limitaciones al derecho de asociación sindical desde el nacimiento de su organización, con respecto a los procesos que debe cumplir ante la autoridad registradora y las JCA. Los requisitos insalvables derivados de las facultades que se otorgaron para intervenir en su vida interna ponen en riesgo el ejercicio y goce del derecho de asociación ante los actos de violencia antisindical que padecen los trabajadores durante el largo tiempo de espera de su registro. Todos estos actos son violatorios de las garantías al debido proceso, autoejecutoriedad, progresividad, irreversibilidad y *pro homine*.

En tercer lugar, los criterios que se establecieron en las jurisprudencias 86/2000 y 56/2004 dan facultades a una autoridad encargada de la aplicación de la norma, olvidando que de origen es contraria a las NIDH, dada su naturaleza e integración que provoca parcialidad, discrecionalidad, arbitrariedad y lentitud a conveniencia. Todo ello está debidamente documentado y reconocido en las recomendaciones derivadas de los diferentes casos presentados ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT y ante las Oficinas Nacionales Administrativas del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte.³² En los casos comentados, han sido evidentes las actuaciones de esas entidades tendientes a restringir el ejercicio y goce del derecho de asociación sindical ya descrito.

³² Algunos Casos ejemplares son: CAN 98-1/EU 9703, CAN 2003-1/EU 2003-1, CAN 2005-1/EU 2005-01

De igual forma, las jurisprudencias actualizan el incumplimiento a lo previsto en el artículo 25 de la Convención Americana respecto al derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro medio efectivo que le ampare contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, toda vez que las facultades discrecionales en la interpretación de la documentación que exhiben los solicitantes de toma de nota, en modalidad de registro o renovación de directivas, convierten los recursos en complejos, lentos e inefectivos. Derivados del "cotejo" e imposición de requisitos ajenos a la LFT, el ejercicio y goce de los derechos humanos se difiere sin límite de tiempo. Una contradicción en ese sentido es clara cuando la LFT prevé que en caso de controversia en la elección de directiva sindical por parte de algún afiliado (únicos interesados en el tema, pues es un conflicto interno), se puede acudir al procedimiento contemplado en la misma ley. Es un derecho de los trabajadores, no de las autoridades, si internamente no se cuestiona, resulta un acto de intromisión que tanto las autoridades registradoras como las JCA intervengan por virtud de una jurisprudencia, siendo evidente la violación a los principios del debido proceso y progresividad.

Una asignatura más está relacionada con la necesidad de que nuestro máximo tribunal de justicia logre un mayor acercamiento con la realidad cotidiana en la que se aplicaran los criterios generados en las jurisprudencias. Al tratarse de lineamientos obligatorios conviene escuchar a la sociedad con el fin de enriquecer los elementos de juicio de los señores Ministras y Ministros. La celebración de foros temáticos en el que se de participación a los actores en el mundo del trabajo, y a los especialistas podría constituir un medio para avanzar en esta retroalimentación. Derivado de los razonamientos que motivaron las jurisprudencias en comento, resulta claro que la intención de los juzgadores fue coadyuvar en favor de la legitimidad en el ejercicio del derecho colectivo del trabajo; sin embargo, el efecto ha sido contraproducente, en buena parte por que no se integró a la reflexión el entorno en el que se iban a desarrollar tan importantes lineamientos, también por considerar modelos construidos sobre paradigmas muy alejados de la cultura mexicana en materia laboral, de los que todos somos de alguna manera parte y en la que prevalece una idea de intervención constante en la vida gremial, si bien con finalidades muy diversas. Sin duda la publicación en la que hoy participamos constituye un instrumento valioso en favor de este acercamiento.

Un tema pendiente en la materia es la reparación del daño; nada repone las vicisitudes y el desamparo en que quedan los trabajadores que pierden su empleo por organizarse, y la posibilidad de una vida digna; con mayor razón cuando han sido afectados en su integridad personal o familiar y son incluidos en listas negras limitando su derecho al trabajo, pues "...es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una norma internacional que haya producido un daño, comporta el deber de repararlo adecuadamente".³³

³³ Caso Cinco Pensionistas *vs.* Perú, *op cit.*, nota 31, párr 173.



*La prueba pericial en materia
de ADN y el derecho de los niños a
conocer su origen biológico, conforme
a la legislación del Distrito Federal y su
impacto en las estructuras familiares*

GEORGINA LASO DE LA VEGA ROMERO*

* Licenciada en Derecho por la Universidad Tecnológica de México, ha desempeñado diversos cargos dentro del Poder Judicial de la Federación. Actualmente es Secretaria de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La familia, definida tanto por contextualizaciones sociales como culturales, actualmente cuenta con integraciones diversas que han venido a modificar los conceptos tradicionales de parentesco, bienestar y protección que durante mucho tiempo sirvieron de referencia para la conformación de derechos y la construcción de sus mecanismos de protección tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

En México existe una gama muy diversa de familias que reflejan, en su estructura y funciones, la constante renovación de valores predeterminados por la historia y la cultura. Así, las modificaciones en las categorías y tipos de organización familiar han provocado desde adecuaciones semánticas hasta conformación de derechos tanto a nivel local como internacional para dar paso a otras estructuras que seguirán configurándose en los próximos años paralelamente a las categorías ya existentes vinculadas con el parentesco y la filiación.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional, cuenta con la posibilidad de que sus resoluciones no solamente tengan efectos sobre las partes que intervienen en los asuntos de su conocimiento,

sino que sus ejecutorias constituyen también un criterio referencial de especial interés general para la sociedad. En este sentido, el fortalecimiento del sistema de justicia y, consecuentemente, el cumplimiento de las obligaciones internacionales contenidas en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), entre otros, imponen a los países de la región la necesidad de observar los estándares internacionales no solamente para la tutela judicial efectiva sino también para el análisis de los derechos específicos que son sometidos a procesos jurisdiccionales.

Sobre el derecho a la familia, la normativa internacional se encuentra delimitada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), la CDN, el PIDCP, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), La Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), la CADH, la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (DPDS), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) y el Plan de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (PACIPD) que señalan:

La DUDH establece en su artículo 12:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

La CDN prescribe en su artículo 9:

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

El PIDCP señala en el artículo 17, párrafo 1:

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

El PIDESC prescribe en el artículo 10, párrafo 1:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

...

Por su parte, la DADDH estipula en sus apartados V y VI, respectivamente:

- V. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

VI. Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

La CADH establece en su artículo 17:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

El artículo 4 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969), proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969, estableció:

La familia, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad. Los padres tienen el derecho exclusivo a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos.

Las directrices de Riad, en su apartado duodécimo señalan:

...la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad

de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental. [...]

Por otra parte, el Plan de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo observa la necesidad de reconocer la diversidad de las estructuras familiares.¹

I. FACTORES DE TRANSFORMACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS FAMILIARES

Los estudios de familia, si bien han desarrollado mayoritariamente dentro del área de la historia y la sociología, en el campo de la demografía son relativamente recientes, centrándose en el análisis estadístico de la formación, el tamaño, la estructura y evolución de los hogares en el transcurso del tiempo dentro de las sociedades, tomando al individuo como unidad de análisis.²

En México, el 77.7% de las madres viven en pareja, mientras el 22.3% son madres solas, de las cuales el 4.4% son madres solteras, el 5.8% son madres separadas, el 2% son madres divorciadas y el 10.1% son madres viudas.³ Desde un contexto sociodemográfico y económico existen diferencias entre las mujeres que viven en pareja y las que no, situación que repercute directamente con el desarrollo de sus hijos.

Las madres con pareja comparten las responsabilidades familiares con el compañero conyugal o concubino, mientras las madres sin pareja tienen ambos roles, al estar a cargo de los deberes de mantenimiento, educación, instrucción y cuidado del menor, considerando siempre como valor preponderante en interés del menor de edad.

¹ *Cfr.* <http://www.un.org/spanish/conferences/accion2.htm>

² Monllor Domínguez, Carmen. Papeles de Geografía N° 17. Aproximación al conocimiento de las estructuras familiares en la región de Murcia: Tipos de hogar y formas de convivencia de la población. p. 12

³ Fuente: Portal de internet del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática.

En México era habitual, por tradición cultural, que el varón se constituyera como el sostén económico de la familia y únicamente cumpliera como apoyo sentimental de su pareja y como proveedora de servicios al interior del hogar para los miembros de su familia, sin embargo, existen múltiples factores que han influido en las transformaciones de la familia en los últimos años. Así, factores demográficos como los cambios en los patrones de reproducción, el cambio en la estructura de edades, el crecimiento de la familia monoparental con jefatura femenina, el decrecimiento en el número de hogares compuesto por familia nuclear tipo (pareja e hijos) y la migración han influido en la participación creciente de la mujer en el mercado laboral en diferentes sectores socioeconómicos, lo que ha abandonado el modelo clásico de la jefatura masculina en sus diversas categorías.

Ello, consecuentemente ha impactado en aspectos socioculturales como los aumentos de los divorcios y la cohabitación sin matrimonio legal así como la edad promedio del matrimonio y la procreación del primer hijo.

En América Latina, un estudio de CEPAL, que presenta un diagnóstico de la situación de las familias en relación con el bienestar de la región, con información comparada proveniente de las encuestas de hogares de las zonas urbanas de 16 países para los años 1990 y 2002 y de 18 países para 2002, señala que "se asiste a cambios centrales en la organización y estructura de hogares y familias en la región latinoamericana, entre ellos el aumento de hogares y familias con doble ingreso, con jefatura femenina y el crecimiento de los hogares unipersonales. Asimismo se aprecia que en ciertos tipos de familia y etapas del ciclo de vida familiar se encuentra una relación más estrecha con la pobreza y la indigencia, que en general corresponden a las etapas del ciclo de vida familiar donde hay hijos pequeños y dependientes económicamente. Entre los cambios más notables se encuentra la incorporación masiva de las mujeres al mercado laboral que demandan un nuevo enfoque social sobre el cuidado de hijos menores, adultos mayores y discapacitados".⁴

⁴ En un estudio del International Social Security Association (ISSA) sobre *Cómo enfrentar los cambios en las estructuras familiares, experiencias, desafíos, reformas en curso, resultados, evaluaciones*, Leticia Pugliese y Gabriel Logomarsino señalan, además de las conclusiones citadas del estudio de CEPAL, que existe una virtual cultura del divorcio estimulada por un nuevo sistema de valores basados en la construcción de significaciones como "la autorealización", "la independencia" y "la vida propia" por encima de los vínculos a clanes, linajes y tradiciones. pp. 2 y 3.

Según datos del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), la proporción más representativa de las madres tiene entre 20 y 49 años, siendo 70.1% del total. Las que viven en pareja presentan edades menores a las solas, lo que puede deberse a la etapa del curso de vida de las madres divorciadas, separadas o viudas, que generalmente es más avanzada que en las unidas. Por tal razón, 6 de cada 10 madres en pareja son menores de 40 años, 3 tienen de 40 a 59 años y 1 de 60 años o más, en cambio, casi una tercera parte de madres sin cónyuge son menores de 40 años, la misma proporción es para las de 40 a 59 años y más de la tercera parte tiene 60 años o más.

En cuanto al número de hijos, el porcentaje más alto es el de las madres casadas cuando tiene 2 o 3 hijos, 22.6% y 19.7% respectivamente, la proporción disminuye al 16.5 % con un hijo, y 15.8% con 7 hijos o más, 12.2% las de 4 hijos y 14.2% con 5 y 6 hijos. La distribución es distinta para las madres sin pareja, pues el mayor porcentaje corresponde a las que tienen un descendiente con 22.2%, lo que en alguna medida se debe a que las madres solteras son las de menor edad; la proporción es más significativa si tienen siete hijos y más (24.5%); que puede corresponder a las madres de edad más avanzada o viudas, cuya etapa reproductiva transcurrió en una época en que no se había implementado la política de planificación familiar o los métodos de control natal. Las madres solas con dos o tres hijos representan 29.3%, las de cuatro y cinco hijos 17.4% y 6.6% las de seis descendientes.

II. LA FAMILIA Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD

Los diversos factores de integración familiar y los roles que desempeñan cada uno de sus integrantes han dado paso a la modificación de los conceptos tradicionales de familia y, más integralmente, los conceptos de parentesco en cada región, sin embargo los esfuerzos de construcción de conceptos y definiciones no es óbice para la protección de la familia por parte del Estado.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 19 al hacer referencia al derecho a la protección de la familia expresó:

El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aún entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección previstas en el artículo 23.

El derecho de protección a la familia se vincula estrechamente con los derechos de los niños, tal como se demuestra con los siguientes criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

(...) el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas (...) los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Esto requiere que el Estado, como responsable del bien común, debe resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar.

La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella. En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, [e]l reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...). El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas.

Sobre el particular, resulta importante destacar lo señalado por la Corte Europea de Derechos Humanos en el sentido de que las autoridades de los Estados deben ejercer sus facultades tomando en consideración la existencia de un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres.⁵

La familia como elemento fundamental de la sociedad, es el medio dentro del cual se desarrollan las personas en la conformación social. Ante ello, la labor institucional ha buscado salvaguardar a los niños y niñas dentro de la estructura familiar, ya que éstos tienen derecho a crecer dentro de una y a recibir la protección y asistencia necesarias para su adecuado desarrollo y vida en sociedad, acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) del 20 de noviembre de 1989, la que reconoce que los menores tienen derecho a la vida, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en lo posible, *a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos*, así como a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les conciernen, para garantizar la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, entre otras.⁶

Esta determinación compromete a los Estados parte a insertar dentro del orden jurídico local obligaciones para que los padres estén en condiciones de proporcionar herramientas que permitan conducir a sus hijos en el ejercicio de sus derechos.

El derecho de la persona a conocer su proveniencia genética se establece en la CDN sobre los derechos del niño cuando se señala que: "el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y hacer cuidado por ellos; asimismo, se obliga a los estados parte a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, el que comprende además de la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, así el derecho al niño a tener un

⁵ Cfr. TEDH, caso of Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal, Application no. 33290/96, 21 of december of 1999, § 13, 14, 17, 18, 19, 20, 23 y 25.

⁶ Serie Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Prueba pericial en materia de ADN y el derecho de los niños a conocer su origen biológico, conforme a la legislación en el Distrito Federal*, SCJN, México, 2006, pp. 11 y 12.

nombre y a conocer a sus propios padres integra su derecho a la preservación de su identidad, en el que el nexo filial ocupa un lugar preponderante. Aunado a lo anterior, la Convención establece que el interés superior de la infancia es el principal rector que debe prevalecer en todas las medidas que los Estados Parte tomen respecto a ellos.⁷

Ante ello, desde la perspectiva del derecho a la identidad, la determinación del nexo familiar mediante la aplicación de una prueba de ADN constituye un instrumento idóneo para determinar la identidad genética que le permitirá a los individuos confirmar su vínculo filial con cualquiera de sus progenitores, para derivar de él un complejo sistema de derechos y obligaciones que no sólo involucra a los padres e hijos sino a todo el grupo familiar en su conjunto.⁸

III. AMPARO EN REVISIÓN 1166/2005 RESUELTO EN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En septiembre de 2004, un Juez de lo Familiar en la Ciudad de México, dentro de un juicio denominado ordinario civil de reconocimiento de paternidad, ordenó practicar la prueba pericial en genética molecular (ADN) a fin de determinar la posible existencia de un parentesco entre un presunto padre y su descendencia.

Ante esta resolución el demandado, supuesto padre del menor, interpuso juicio de amparo en contra de los artículos 341 y 382 del Código Civil para el Distrito Federal, los artículos 278 y 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, así como el artículo 5o., apartado B, inciso III, de la Ley de los Derechos de las Niñas y de los Niños del Distrito Federal (LDNNDF). Las disposiciones del Código Civil se refieren a los tipos de prueba permitidos para demostrar la filiación dentro de juicio y la hipótesis en caso de negativa de alguno de los presuntos progenitores. Por otra parte, los artículos impugnados del código sustantivo señalan algunas de las reglas generales de las pruebas tales como

⁷ *Op. cit.*, pp. 63 y 64.

⁸ *Idem.*, p. 65.

sus limitaciones y la práctica de las diligencias respectivas, mientras el artículo de la LDNNDF establece que los menores cuentan con el derecho a la identidad, certeza jurídica y familia, por lo que en consecuencia tienen derecho de solicitar y recibir información sobre su origen, identidad de sus padres y a conocer su origen genético.

Por su parte, el Juez de Distrito que conoció del asunto determinó en su sentencia dos aspectos a saber, primero, sobreseyó respecto a la expedición, promulgación, publicación y aplicación de los artículos 341 y 382 del Código Civil para el Distrito Federal y 5o. apartado B, fracción III, de la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal; y, por otra parte, negó el amparo al quejoso exclusivamente en relación con los artículos 278 y 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Posteriormente, el presunto padre, inconforme con la anterior ejecutoria interpuso recurso de revisión ante un Tribunal Colegiado que resolvió en el sentido de sobreseer por lo que hace a la expedición, promulgación, publicación y aplicación de los artículos 341 y 382 del Código Civil para el Distrito Federal; revocar la sentencia recurrida relativa al sobreseimiento por cuanto a la expedición, promulgación, publicación y aplicación del artículo 5o., apartado B), inciso III, de la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal y al respecto reservar jurisdicción a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con la interpretación directa del artículo 122 de la Constitución Federal, por considerar que sobre esta cuestión correspondía conocer a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en términos del punto tercero, fracción I, del acuerdo general 5/2001, de veintiuno de junio de dos mil uno, del Tribunal Pleno del Tribunal Constitucional.

Aunado a lo anterior, el presunto padre adujo violaciones a los artículos 1o., 14, 16, 22, 128, 133, 135 y 136 de la Constitución General de la República y combatió la sentencia recurrida por lo que hace a la constitucionalidad decretada por el Juez del conocimiento, por lo que hace a los artículos 278 y 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, agravios que el Tribunal Colegiado del conocimiento no atendió en la sentencia por él emitida.

En consecuencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación delimitó la litis al análisis de la constitucionalidad del artículo 5o., apartado B), inciso III, de la Ley de los Derechos de las Niñas y de los Niños en el Distrito Federal, por lo que hace a que dicho precepto secundario era violatorio de los artículos 1o., 14, 16, 22, 128, 122, 133, 135 y 136 constitucionales, así como el estudio de la constitucionalidad de los artículos 278 y 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En este procedimiento constitucional se resolvió, fundamentalmente, lo siguiente:

- El juicio de amparo resultaba improcedente respecto del artículo 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, por actualizarse una causal de improcedencia, toda vez que al dictar su sentencia, el Juez de la causa invocó únicamente el artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y no así el diverso 279 del mismo ordenamiento, además de que el presunto padre no rindió las pruebas que demostraran que igualmente le fue aplicado el precepto citado en último lugar.
- En relación con el artículo 5o., apartado B), inciso III, de la Ley de los Derechos de las Niñas y de los Niños en el Distrito Federal, se negó la protección de la justicia federal en atención a las siguientes consideraciones:
- La Asamblea Legislativa del Distrito Federal, órgano que emitió la LDNNDF, tiene facultades para legislar sobre cuestiones de carácter civil.
- El artículo 5, apartado B), inciso III, de la LDNNDF no viola *la garantía de irretroactividad* de las leyes y *la garantía de audiencia* tampoco se ve afectada, pues aunque dicha disposición no contemplan una audiencia en la que las partes pudieran controvertir la prueba pericial en genética molecular, ello no significa que de manera automática deba declararse su inconstitucionalidad por violar la garantía de audiencia.

- Tampoco se ve contrariada *la garantía de exacta aplicación de la ley penal*, pues en la especie no se estaba en presencia de una controversia del orden penal.
- No se ve comprometida de forma alguna por el artículo que se combate *la garantía de legalidad en materia civil*, porque su texto no dispone que se deje de garantizar que el juicio del orden civil, se resuelva con base a la ley, a su interpretación o a los principios generales del derecho.
- Tampoco conculca *la garantía de legalidad* a que se refiere el artículo 16 constitucional, porque la ley impugnada fue emitida por la Asamblea Legislativa, en uso de sus facultades, habilitada por la propia Constitución, en su artículo 122, para legislar en materia de derechos de menores en el Distrito Federal.
- La prueba pericial en genética, implica la práctica de estudios químicos y exámenes de laboratorio de tejidos orgánicos de las personas sujetas a dicha probanza, con el objeto de determinar la correspondencia del ácido desoxirribonucleico, que permita determinar si existe o no un vínculo de parentesco por consanguinidad, y aclarar controversias en que se ejerciten acciones de reconocimiento de paternidad, de manera que no constituye una pena en el contexto del artículo 22 constitucional, encaminada a la readaptación social de un delincuente.
- El citado artículo 5o., apartado B), fracción III, de la LDNNDF no atenta contra la intimidad de las personas, en virtud de que el precepto en cita sí establece limitaciones, pues de su lectura claramente se infiere que la información que se obtenga, tiene como único propósito, el que el menor conozca su origen genético, que no es otra cosa que la identidad de sus padres, mas no tiene como objetivo conocer las condiciones médicas o conducta de los mismos, tampoco atenta contra la libertad de las personas afectadas, al quedar obligadas a presentarse en los días y en los horarios que se determinen para llevar a cabo la prueba en cita

y contra la integridad física de las personas, porque se requiera causar lesiones a los sujetos afectados.

- Si bien es cierto que el artículo 5o. impugnado otorga a los menores el derecho a solicitar y recibir información sobre su origen, sobre la identidad de sus padres y a conocer su origen genético, dicho precepto no establece la correlativa obligación de los presuntos progenitores a someterse a la práctica de la citada prueba pericial, tan es así que el artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que si el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.
- El Juez de distrito sí atendió todos los argumentos, cuando dijo que la práctica de la prueba pericial puede beneficiar a cualquiera de las partes, sin que dicha beneficiaria hubiese ofrecido probanza alguna, pese a haber tenido la oportunidad procesal para ello, lo cual dijo, deriva de una excepción al formulismo estricto, que obliga al juzgador a ignorar todo aquello que no le fue aportado por las partes en el momento procesal oportuno, pues abundó que si el juzgador advierte que no está perfectamente esclarecida la verdad sobre los hechos, podrá hacer uso de las facultades previstas en los artículos 278 y 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- Se considera correcta la determinación del Juez del conocimiento, en virtud de que en la demanda de amparo, el quejoso no realizó una verdadera confrontación del artículo impugnado, con los artículos 128, 133, 135 y 136 de la Constitución General de la República, pues se limitó a afirmar que aquél era violatorio de los artículos 128, 133, 135 y 136 constitucionales, sin haber expuesto las razones para llegar a ese aserto, de manera que no surge en la especie un verdadero problema de constitucionalidad que pueda ser analizado por el Juez de Distrito y menos por este Alto Tribunal, en recurso de revisión.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE

Con la determinación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se reconoce por un tribunal constitucional dos aspectos relevantes, el derecho a la identidad personal y, consecuentemente, el derecho a la filiación, ambos como valores preponderantes al interés superior de los menores ante el desconocimiento o duda respecto de su filiación.

Esta determinación derivada de la impugnación de un presunto padre respecto del derecho de los menores de solicitar y recibir información acerca de su origen, identidad de sus padres y el derecho a conocer su origen genético mediante la prueba molecular de ácido desoxirribonucleico (ADN), constituye más que una simple negativa de la protección de la justicia federal a quien impugnó ante los órganos jurisdiccionales la procedencia de dicha prueba a su cargo, pues constituye la confirmación del espíritu de la CDN que reconoce expresamente que las niñas, los niños, y los adolescentes son personas que tienen derechos humanos.

A pesar de que la materia del procedimiento ante la Corte versó únicamente respecto de la armonía entre los preceptos impugnados con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, resulta pertinente resaltar que la intención del tribunal constitucional fue contribuir con su resolución a validar el orden jurídico nacional en cumplimiento con los estándares internacionales delimitados por la CDN.

Lo anterior es así, porque en los últimos 20 años se ha venido gestando un sistema internacional de protección de los derechos de los menores promovido desde sus orígenes por organismos internacionales, centros de educación e investigación superior, organismos no gubernamentales e instancias gubernamentales que han advertido la urgencia de establecer agendas políticas que atiendan a niñas, niños y adolescentes a nivel internacional.

En este sentido, el buen resultado de la implementación de esas políticas públicas se encuentra sujeto a la conformación de un marco jurídico que sea capaz

de garantizar los derechos contenidos en los estándares internacionales y, por ende, en los órdenes jurídicos locales.

Dentro de la resolución de la Suprema Corte, cobra relevancia el derecho a la identidad, que de conformidad con la CDN se encuentra integrado por los derechos a adquirir un nombre desde el nacimiento y a conservarlo, a tener una nacionalidad, y a conocer los propios orígenes. Este derecho, se encuentra estrechamente vinculado con el principio de paternidad responsable y la obligación de los padres por igual de registrar o reconocer a sus hijos, independientemente de las circunstancias de su nacimiento.

De tal suerte, el conocimiento del nexo familiar mediante la aplicación de una prueba de ADN constituye un instrumento idóneo para determinar la identidad genética que le permitirá a los individuos confirmar su vínculo filial con cualquiera de sus progenitores, para derivar de él un complejo sistema de derechos y obligaciones que no sólo involucra a los padres e hijos sino a todo el grupo familiar en su conjunto.⁹ En suma, el derecho de los menores a conocer sus propios orígenes y a saber sobre el paradero de la familia a la que se pertenece, está vinculado con los derechos a la identidad y a la vida en familia.

El establecimiento del vínculo filial además encuentra una relación con el derecho a vivir en familia, tal como lo establece la CDN, que reconoce el derecho de los menores a vivir con su familia de origen y a reunirse con ella cuando ha habido una separación por diversos factores; así como a vincularse con ambos progenitores en casos de conflictos entre éstos, o integrarse a una nueva familia cuando es imposible la vida con la de origen.

De la exposición de motivos de la LDNNDF es posible advertir que su creación tuvo como objeto no sólo limitar la mera protección de las niñas y los niños en su ámbito de competencia, sino a crear y promover una cultura de respeto

⁹ *Idem.*

hacia ellos además de trazar un objetivo que junto a la determinación explícita de los principios jurídicos a la luz en la interpretación en las normas de protección, provisión, asistencia, atención y prevención, integralmente, conjugaran una nueva visión y concepto de las niñas, niños y adolescentes, esto es, la de ser sujetos de derecho con capacidades reconocidas en la ley tanto para participar activamente en la sociedad, el de asociarse y el de poder emitir su opinión y ser escuchados en los ámbitos familiar, comunitario y en los procedimientos administrativos o judiciales que les pueda afectar de acuerdo a su edad y madurez. Esta concepción integral rompe con las tradicionales asistencialistas, y pretende con esta nueva visión, cimentada en el principio de interés superior, anteponer prioritariamente el bienestar de la infancia y adolescencia ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio, ratificando su condición de sujetos de derecho.

En esta tesis, cabe precisar que con la resolución de la Suprema Corte se llegó a cuatro conclusiones sobre el establecimiento del vínculo filial.¹⁰

1. La constitucionalidad de la prueba pericial en genética, que implica la práctica de estudios químicos y exámenes de laboratorio de tejidos orgánicos de las personas, con el objeto de determinar la correspondencia del ADN y constatar la existencia de un vínculo de parentesco por consanguinidad;
2. El derecho de las niñas y los niños a solicitar y recibir información sobre su origen, sobre la identidad de sus padres y su origen genético, no atenta contra la intimidad de las personas, toda vez que la información que se obtenga, tiene como finalidad que el menor conozca su origen genético;
3. La posibilidad de que los presuntos progenitores se sometan a estos estudios no es obligatoria, ya que ante la negativa de práctica por parte de

¹⁰ *Idem.*

- los supuestos progenitores se presumirá, salvo prueba en contrario que es la madre o el padre; y,
4. Las facultades de investigación establecidas concedidas al juzgador por el Código Civil para ordenar la realización de la prueba en comento tienen como finalidad conocer la verdad respecto al vínculo filial y con ello satisfacer lo contenido en la CDN.



JORGE ROBERTO ORDOÑEZ ESCOBAR*

I. INTRODUCCIÓN

Es evidente que, ya desde varios años atrás, las relaciones jurídicas laborales han rebasado las fronteras territoriales de los estados y paulatinamente se ha podido formar un derecho internacional del trabajo. Así pues, para tratar de equilibrar las relaciones laborales, los representantes de los Estados, de los trabajadores y de los patrones, en el foro internacional, se han dado a la tarea de crear y unificar las reglas que tiendan a lograr un equilibrio, y que resuelvan los conflictos, entre el capital y el trabajo. Estas reglas por su naturaleza internacional tienen el objetivo de encaminar el derecho interno de los estados e incluso obligarlos, en ciertos casos, para lograr que las relaciones laborales de todo el mundo sean más justas.

Detrás de todo el entramado de normas jurídicas internacionales, tendientes a la regulación específica de ciertos aspectos de la relación obrero-patrón, de las organizaciones de los trabajadores y de sus derechos adjetivos, está un derecho cuyo sujeto activo son todas las personas, a saber, el derecho al trabajo.

En este orden de ideas, el derecho al trabajo se puede definir como la facultad que tienen todas las personas de emplear su fuerza de trabajo para ejercer una ocupación lícita que le retribuya al menos lo necesario para vivir. El derecho al trabajo se diferencia del derecho del trabajo, en muy grandes rasgos, porque este último es el conjunto de normas, ya sea sustantivas o adjetivas, que regulan una relación jurídica laboral, y el primero lo podemos considerar como el derecho a tener acceso a una relación laboral.

Así, en estos términos, se hará una relación de los instrumentos internacionales que regulan este derecho y en qué términos, posteriormente analizaremos cuál ha sido el tratamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al hablar del derecho al trabajo y finalmente contrastaremos lo dicho por la Corte Mexicana con los instrumentos internacionales.

II. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

El primer referente internacional sobre el derecho laboral se puede remontar hasta la celebración del Tratado de Versalles al final de la Primera Guerra Mundial, pues en ese pacto ya se preveían los derechos de "los hombres que trabajan".¹ En ese mismo tratado se constituye la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su preámbulo se consagra como una institución que considera que es urgente mejorar:

lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección

¹ El artículo 427 del Tratado de Versalles firmado el 28 de junio de 1919, concebía ya algunas consideraciones como que el trabajo humano no es una mercancía ni objeto del comercio, derecho de asociación de los trabajadores y de los empresarios, salario igual a trabajo igual para ambos sexos, salarios dignos, jornadas de 8 horas, un mínimo de 24 horas de descanso, abolición del trabajo infantil, limitación en el trabajo de los jóvenes para permitir su normal desarrollo, etcétera.

de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas.²

Como podemos apreciar, estas medidas iban encaminadas a mejorar las condiciones del trabajo que ya existían, pero aún no se concebía un derecho al trabajo como un derecho sustantivo de las personas y no sólo de los trabajadores. Esta importante labor fue encaminada durante tres décadas al mismo esparcimiento y mejoramiento de las normas que regían las relaciones laborales.

En esa línea siguió la OIT, pero el 10 de mayo de 1944, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, órgano supremo de dicha organización, se congregó en Filadelfia, en su vigésima sexta reunión, y adoptó como anexo a su Constitución la "Declaración de los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo y de los principios que debieran inspirar la política de sus Miembros".

En esta declaración la OIT señaló en su III apartado que:

La Conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan: a) lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida; b) emplear trabajadores en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos y de contribuir al máximo al bienestar común; c) conceder, como medio para lograr este fin y con garantías adecuadas para todos los interesados, oportunidades de formación profesional y medios para el traslado de trabajadores, incluidas las migraciones de mano de obra y de colonos; [...] j) garantizar iguales oportunidades educativas y profesionales.

En esta declaración de Filadelfia, la OIT dio un paso hacia delante respecto del derecho internacional del trabajo, pues declaraba, como principio, que era

² Véase el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

obligación fomentar el pleno empleo, la elevación del nivel de vida mediante la ocupación de los empleados en trabajos en los que desarrollen sus habilidades y conocimientos. Es decir, se estaban creando las bases para que los miembros de la OIT desarrollaran un derecho al trabajo.

La OIT durante todo el siglo se ha dedicado a dar contenido a las obligaciones de los estados para salvaguardar el derecho al trabajo. Así, podemos encontrar las siguientes Convenciones que señalan específicamente algunas de las obligaciones estatales correlativas al derecho al trabajo: la Convención número 88 sobre el Empleo y el Servicio del Empleo de 1948,³ la Convención número 122 sobre

³ De dicha convención véanse los siguientes artículos: "Artículo 1: 1. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual está en vigor el presente Convenio deberá mantener o garantizar el mantenimiento de un servicio público y gratuito del empleo. 2. La función esencial del servicio del empleo, en cooperación, cuando fuere necesario, con otros organismos interesados, públicos y privados, deberá ser la de lograr la mejor organización posible del mercado del empleo, como parte integrante del programa nacional destinado a mantener y garantizar el sistema del empleo para todos y a desarrollar y utilizar los recursos de la producción.

Artículo 6. El servicio del empleo deberá estar organizado de suerte que garantice la eficacia de la contratación y de la colocación de los trabajadores, y a estos efectos deberá:

a) ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo conveniente, y a los empleadores a contratar trabajadores apropiados a las necesidades de las empresas, y más especialmente deberá, de conformidad con las reglas formuladas de acuerdo con un plan nacional:

i) llevar un registro de las personas que soliciten empleo; tomar nota de sus aptitudes profesionales, de su experiencia y de sus deseos; interrogarlas a los efectos de su empleo; evaluar, si fuere necesario, sus aptitudes físicas y profesionales, y ayudarlas a obtener, cuando fuere oportuno, los medios necesarios para su orientación o readaptación profesionales;

ii) obtener de los empleadores una información detallada de los empleos vacantes que hayan notificado al servicio, y de las condiciones que deban cumplir los trabajadores solicitados para ocupar estos empleos;

iii) dirigir hacia los empleos vacantes a los candidatos que posean las aptitudes profesionales y físicas exigidas;

iv) organizar la compensación de las ofertas y demandas de empleo de una oficina con otra, cuando la oficina consultada en primer lugar no pueda colocar convenientemente a los candidatos o cubrir adecuadamente las vacantes, o cuando otras circunstancias lo justifiquen;

b) tomar las medidas pertinentes para:

i) facilitar la movilidad profesional, a fin de ajustar la oferta de la mano de obra a las posibilidades de empleo en las diversas profesiones;

ii) facilitar la movilidad geográfica de la mano de obra, a fin de ayudar a que los trabajadores se trasladen a las regiones que ofrezcan posibilidades de obtener un empleo conveniente;

iii) facilitar los traslados temporales de trabajadores de una región a otra, a fin de atenuar el desequilibrio local y momentáneo entre la oferta y la demanda de mano de obra;

iv) facilitar cualquier traslado de trabajadores, de un país a otro, que haya sido convenido por los gobiernos interesados;

c) recoger y analizar, en colaboración, si fuere oportuno, con otras autoridades, y con los empleadores y los sindicatos, toda la información disponible sobre la situación del mercado del empleo y su probable evolución, tanto en lo que se refiere al país en general como respecto a las diferentes industrias, profesiones o regiones, y poner sistemática y rápidamente dicha información a disposición de las autoridades públicas, de las organizaciones interesadas de trabajadores y de empleadores y del público en general;

la política del empleo de 1964,⁴ Convenio número 142 sobre desarrollo de los recursos humanos de 1975⁵ y el Convenio 168 sobre el Fomento del empleo y protección contra el desempleo de 1988.

Todos estos convenios tratan de desarrollar el derecho al trabajo hablan de éste como derecho al pleno empleo, además señalan que el estado tiene la obligación de:

- Poner en marcha políticas que garanticen un pleno empleo productivo para todos los gobernados.
- Lograr que haya un empleo para quien lo solicite.
- Tratar de unir a la oferta y a la demanda en el mercado laboral.
- Que los trabajos sean lo más productivos que se pueda.

d) colaborar en la administración del seguro y de la asistencia de desempleo y en la aplicación de otras medidas destinadas a ayudar a los desempleados;

e) ayudar, siempre que fuere necesario, a otros organismos públicos o privados en la elaboración de planes sociales y económicos que puedan influir de modo favorable en la situación del empleo."

⁴ Véase los artículos de dicha convención: "Artículo 1: 1. Con el objeto de estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, de elevar el nivel de vida, de satisfacer las necesidades de mano de obra y de resolver el problema del desempleo y del subempleo, todo Miembro deberá formular y llevar a cabo, como un objetivo de mayor importancia, una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido. 2. La política indicada deberá tender a garantizar:

- a) que habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo;
- b) que dicho trabajo será tan productivo como sea posible;
- c) que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social.

3. La indicada política deberá tener en cuenta el nivel y la etapa de desarrollo económico, así como las relaciones existentes entre los objetivos del empleo y los demás objetivos económicos y sociales, y será aplicada por métodos apropiados a las condiciones y prácticas nacionales.

⁵ Véase los siguientes artículos de dicha convención Artículo 1: 1. Todo Miembro deberá adoptar y llevar a la práctica políticas y programas completos y coordinados en el campo de la orientación y formación profesionales, estableciendo una estrecha relación entre este campo y el empleo, en particular mediante los servicios públicos del empleo. 2. Estas políticas y estos programas deberán tener en cuenta:

- a) las necesidades, posibilidades y problemas en materia de empleo, tanto a nivel regional como a nivel nacional;
- b) la fase y el nivel de desarrollo económico, social y cultural;
- c) las relaciones entre el desarrollo de los recursos humanos y otros objetivos económicos, sociales y culturales.

3. Estas políticas y estos programas deberán aplicarse mediante métodos adaptados a las condiciones nacionales. 4. Estas políticas y estos programas tendrán por mira mejorar la aptitud del individuo de comprender su medio de trabajo y el medio social y de influir, individual o colectivamente, sobre estos. 5. Estas políticas y estos programas deberán alentar y ayudar a todas las personas, en un pie de igualdad y sin discriminación alguna, a desarrollar y utilizar sus aptitudes para el trabajo en su propio interés y de acuerdo con sus aspiraciones, teniendo presentes al mismo tiempo las necesidades de la sociedad.

- Que las personas tengan la libertad de decidir el empleo a que se dedican.
- Que mediante el empleo se desarrolle la persona en sus capacidades y aptitudes.⁶

En paralelo a la OIT, la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la que en su artículo 23 consagró el derecho al trabajo como un derecho humano. En específico el punto 1 del citado artículo, señala que "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo." Así, se puede apreciar la primera configuración normativa del derecho al trabajo en un instrumento internacional como un derecho que pertenece a todos los humanos. Sin embargo, esta declaración no nos dice mucho acerca del contenido, de los alcances y de los límites del derecho al trabajo, además de que, en general, esta declaración no se considera vinculante para los estados.

No obstante, el Pacto Internacional de Derechos Económico Sociales y Culturales,⁷ y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁸ retomaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos e incorporaron cláusulas relativas al derecho laboral. Estas convenciones sí son vinculantes para los estados.

En específico, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos articuló el derecho al trabajo de la siguiente forma:

Artículo 6:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

⁶ Sobre estas materias también encontramos las recomendaciones de la OIT números 122 y 169 sobre Políticas de Empleo, 136 sobre Políticas de Empleo para los Jóvenes, 176 sobre Fomento de Empleo y 150 sobre Desarrollo de Recursos Humanos.

⁷ Este tratado fue adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y aprobado por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980 y posteriormente publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 enero de 1981.

⁸ *Idem.*

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho, deberá figurar orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Este artículo, llena un poco más de contenido al derecho al trabajo. En un primer punto, consagra la facultad de todas las personas de *tener oportunidad* de ganarse la vida de un trabajo. Este fraseo no concibe los derechos derivados de una relación laboral, sino un derecho a ganarse la vida mediante un trabajo. Asimismo, reconoce la obligación de las partes para tomar las medidas adecuadas para garantizar ese derecho. Es decir, ya hay una obligación más determinada que los estados deben cumplir, por tanto, si los estados llevan a cabo acciones que limiten o vayan en contra de la oportunidad de obtener un empleo entonces estarían violando el Pacto Internacional mencionado.

Más aún, además de la obligación de tomar las medidas genéricas para lograr la efectividad del derecho al trabajo, dicho Pacto impone ciertas providencias que necesariamente deben tomarse, en aras de garantizar tal derecho, como aquellas que:

- a) Orienten y formen técnicos profesionales
- b) La preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante, y
- c) La ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

En este breve desarrollo del derecho al trabajo en el ámbito internacional, sigue citar a la Convención Americana de los Derechos Humanos,⁹ pues establece

⁹ Esta convención fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Senado de la República el 18 de diciembre 1980 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 enero de 1981.

la regla de la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. El artículo 26 de este convenio contiene el compromiso de los Estados Partes para lograr la plena efectividad de tales derechos. El principio de progresividad otorga a los estados una venia temporal para llegar a la plena efectividad de las prescripciones de carácter social, pues las tilda de un matiz de progresividad. Pero el citado artículo, contiene otras obligaciones que sí nacen inmediatamente y que son de inmediata ejecución: las concernientes a la no regresividad. Estas obligaciones inmediatas se pueden entender como unas obligaciones de no hacer a cargo del Estado y que consisten en no tomar medidas y en sancionar aquellas disposiciones que empeoren la posición de los derechos sociales.

Así las cosas, respecto del derecho al trabajo, el Estado no sólo tiene la obligación de, según lo permita la economía, ir creando las condiciones para que las personas tengan la plena facultad de emplearse en una ocupación digna que les retribuya lo necesario para vivir dignamente. Sino que también está obligado a que una vez que decidió ampliar o mejorar las condiciones del derecho al trabajo, debe mantenerlas y no debe tomar alguna otra decisión que empeore la situación del derecho al trabajo.

Entonces, éste ha sido el breve desarrollo del derecho al trabajo en el ámbito internacional, visto no como las normas que regulan una relación laboral, sino como las normas que propician relaciones laborales. El derecho al trabajo es un derecho de todas las personas, mientras el derecho del trabajo son derechos de los trabajadores. Podemos observar que la normatividad y codificación del tema de mérito es muy sustanciosa, y si bien se trata de un derecho que es difícil de ejecutar, pues pareciera difuso, lo cierto es que hay esfuerzos en los instrumentos internacionales para darles cierta efectividad y contenido.

Estos esfuerzos, en el caso del derecho al trabajo, podemos considerar que sí han tenido un resultado plausible, pues fácilmente se puede hacer una lista de las tareas que tienen los estados para salvaguardar el derecho y la manera de implementarlos progresivamente.

III. SENTENCIA DE LA CORTE MEXICANA

A la luz de los instrumentos internacionales citados, se hará un análisis de lo dicho por el más Alto Tribunal de México relacionado con el derecho al trabajo. Para ello, se estudiará el amparo en revisión 346/2010, promovido por el Sindicato Mexicano de Electricistas que resolvió el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sesión pública del 5 de julio de 2010.

El acontecimiento que suscitó el presente juicio de garantías fue el Decreto de Extinción del organismo de Luz y Fuerza del Centro expedido por el Presidente de la República el 10 de octubre de 2009. Muchos trabajadores y el Sindicato Mexicano de Electricistas consideraron que dicho decreto violaba la Constitución y le causaba un perjuicio, y por ello interpusieron un amparo.

El juzgado de Distrito que conoció del asunto en primera instancia decretó el sobreseimiento del juicio respecto de diversos actos reclamados, y se pronunció sobre la constitucionalidad del Decreto impugnado, y la del artículo 16 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales.

Del recurso de revisión, inicialmente conoció el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito; sin embargo, este órgano jurisdiccional solicitó que se ejerciera la facultad de atracción y la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, decidió que en ejercicio de su competencia originaria, debía ser el Pleno del Alto Tribunal quien conociera y resolviera el recurso de revisión por trascendencia jurídica del asunto y los temas que se iban a discutir.

En lo que concierne a este trabajo, los quejosos en este amparo señalaron que el Decreto que impugnaron violaba en su perjuicio la garantía de audiencia porque les privaba del derecho que les asistía el artículo 5o. constitucional, a saber, el derecho al trabajo.

Al respecto el Ministro Juan Silva Meza, ponente del amparo en revisión, dio contestación a los agravios señalando que el artículo 5o. constitucional que

consagra el derecho al trabajo gravita sobre el individuo como un medio de protección a su actividad volitiva respecto de una actividad que sea acorde con sus intereses, pero ello no llega al extremo de que el precepto constitucional otorgue un derecho a trabajar en un lugar, para un patrón y en una empresa determinada, pues ello constituye únicamente el resultado de haber optado por aceptar una oferta de trabajo concreta, y no un derecho adquirido en términos del derecho constitucional analizado.

Asimismo, en su exposición el Ministro Silva Meza señaló que:

consideramos que los derechos cuya privación se aducen no tienen el alcance que la quejosa sostiene pues, por un lado, el derecho a la libertad de trabajo previsto en el artículo 5 constitucional, implica una protección a la libertad de las personas para elegir el trabajo u ocupación que más convenga a sus intereses, sin que de dicho precepto constitucional se siga una obligación impuesta al Estado a garantizar los medios necesarios para que el gobernado pueda desempeñar la actividad específica que pretende ni mucho menos constituye una garantía que opere respecto de un centro de trabajo concreto.

Posteriormente adujo que

De acuerdo con las relacionadas consideraciones, devienen infundados los argumentos expresados por la parte quejosa; como consecuencia, propuesta en el proyecto, se llega a la conclusión de que el derecho al trabajo consignado en el artículo 5o. constitucional, no presupone la existencia de un derecho fundamental a trabajar en donde uno quiera, esta afirmación deriva de otra de igual peso, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en consonancia con los documentos internacionales que México ha suscrito en esta materia, no garantiza un derecho a la subsistencia de la fuente de empleo, más precisamente puede afirmarse que lo que la Constitución Mexicana y los instrumentos internacionales reconocen es que en caso de despido justificado los trabajadores tienen derecho a ser indemnizados, este derecho es respetado puntualmente por el Decreto de extinción impugnado, así como nadie puede ser privado en forma injusta de su trabajo tampoco existe la obligación de patrón alguno para mantener en forma indefinida la fuente de empleo que sostiene la relación laboral, de hecho como

en el caso de otros despidos justificados, el aviso de la terminación de la relación laboral configura derechos propiamente laborales a favor de los miembros del Sindicato Mexicano de Electricistas, como la indemnización. Es por eso que los trabajadores deberán hacer valer sus derechos mediante los procedimientos que establece la propia ley laboral. Los derechos que se han actualizado a favor de quienes laboran en esta compañía de Luz y Fuerza del Centro, deberán dilucidarse ante las autoridades laborales competentes.

Enseguida de la participación del Ministro Juan Silva Meza, el Ministro Sergio Valls Hernández consideró que no estaba de acuerdo con la parte del proyecto:

[...]pues después de precisar los fundamentos constitucional y legales que sustenta en el artículo 4o. del Decreto que se reclama, relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores, afirma que ‘La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en concordancia con los documentos internacionales que México ha suscrito en esta materia no garantiza un derecho a la subsistencia de la fuente de empleo’. Esto en alusión a que el artículo 5o. constitucional que consagra el derecho al trabajo no presupone la existencia de un derecho fundamental a trabajar en donde uno quiera; sin embargo, esa afirmación es poco afortunada –con todo respeto– porque pareciera que la Norma Fundamental del país no fija las bases jurídicas para que los patrones mantengan abiertas las fuentes de trabajo; más bien en el contexto en que se hace esa afirmación, considero que pudiera decirse que si el artículo 5o. de la Constitución garantiza que a ninguna persona podrá impedírsele que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo, en la misma medida no se puede impedir que las personas, físicas o morales, dejen de dedicarse a sus actividades patronales, empresariales; lo que de ninguna manera contraría la garantía del derecho al trabajo porque es la propia Constitución la que establece que los trabajadores serán indemnizados en caso de que se produjera su despido.

El Ministro Ponente accedió a hacer el matiz señalado por el Ministro Valls y todos los demás Ministros estuvieron de acuerdo con estas consideraciones del proyecto.

Por ello, del proyecto de sentencia del amparo en revisión y de las participaciones citadas sobre el derecho al trabajo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que:

- El artículo 5o. de la Constitución garantiza que a ninguna persona podrá impedírsele que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo.
- No hay obligación impuesta al Estado de garantizar los medios necesarios para que el gobernado pueda desempeñar la actividad específica que pretende ni mucho menos constituye una garantía que opere respecto de un centro de trabajo concreto.
- Fija las bases jurídicas para que los patrones mantengan abiertas las fuentes de trabajo.
- En caso de despido se tiene derecho a una indemnización.

IV. CONTRASTE DE LA RESOLUCIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA CON LOS INSTRUMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL RELATIVOS AL DERECHO AL TRABAJO

En este contraste primero señalaremos cuáles son los puntos en los que sí concuerdan los estándares del derecho al trabajo, después en cuáles no y por último algunas consideraciones relativas al caso concreto.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que el texto de los artículos 5o. y 123 de la Constitución Federal sí consagran textualmente el derecho al trabajo como un derecho social.

En un principio, sería poco exacto y nada conforme con el ordenamiento internacional, sostener que el derecho al trabajo sólo se circunscribe a la libertad de emplearse en el trabajo que se quiera y que no garantiza la subsistencia de la fuente de empleo. Lo cierto es, como se hizo la corrección en el Pleno, que según

el estándar internacional el derecho al trabajo comprende las bases jurídicas para que los patrones mantengan abiertas las fuentes de trabajo. En este punto, la Suprema Corte sí está conforme con los estándares internacionales del derecho al trabajo en específico con el artículo 6.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, así como con las bases del pleno empleo contenidas en la constitución de la OIT.

No obstante lo anterior, al hacer el citado pronunciamiento sobre el derecho al trabajo la Suprema Corte deja de lado muchos aspectos que le son inherentes al derecho al trabajo.

En primer lugar, la Suprema Corte parece no hacer una distinción entre el derecho al trabajo y derecho del trabajo. Pues, lo que se argumenta en la discusión del Pleno es que existe la libertad, mas no el derecho, de tener acceso a una relación laboral y también existen ciertos derechos constitucionales derivados de esa relación laboral como la indemnización.

Es decir, la Corte reconoce el derecho al trabajo como una simple libertad de las personas a la que corresponde la correlativa obligación de no hacer del Estado, de no entrometerse en la libertad de elección de la ocupación de los individuos. Debemos tener en cuenta que el derecho al trabajo, no está planteado como una simple libertad, sino como un derecho de las personas a tener acceso a un trabajo, cuyas relativas obligaciones estatales son de diverso índole y que comprender un hacer por parte del Estado. El mismo fraseo del artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos anteriormente citado, consagra el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo. Los Convenios ya dichos de la OIT señalan cuáles son las obligaciones estatales idóneas para salvaguardar el derecho en comento. Por ello, resulta insuficiente, al tenor del derecho internacional, señalar el derecho al trabajo como una simple libertad.

El pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tampoco armoniza con los estándares internacionales del derecho al trabajo, pues se limita a señalar que no hay obligación impuesta al Estado de garantizar los medios necesarios para que el gobernado pueda desempeñar la actividad específica que pre-

tende ni mucho menos constituye una garantía que opere respecto de un centro de trabajo concreto.

Como se señaló anteriormente, la Constitución y los Convenios de la OIT dejan ver cuáles son las obligaciones estatales suficientes para salvaguardar el derecho al trabajo, entre las cuales se encontraba las de poner en marcha políticas que garanticen un pleno empleo productivo para todos los gobernados, lograr que haya un empleo para quien lo solicite, tratar de unir a la oferta y a la demanda en el mercado laboral, que los trabajos sean lo más productivos que se puedan, que mediante el empleo se desarrolle la persona en sus capacidades y aptitudes.

Así, el pronunciamiento de la Corte no hace ningún análisis sobre cuáles son las obligaciones del Estado Mexicano y se limita a decir que no tiene obligaciones de hacer, aunque no señala por qué no las tiene. No obstante, podemos encontrar que según el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ratificado por el Senado de la República, el Estado Mexicano se obligó a tomar las medidas en las que deberá figurar orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

En el mismo orden de ideas, el pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal no hace ningún razonamiento, ni ninguna remisión al principio de desarrollo progresivo de los derechos sociales que contiene el ya citado Pacto de San José, en su artículo 26. Según este artículo, la Corte debió haber hecho alusión al principio de progresividad y no regresividad del derecho al trabajo, ya que al no hacerlo se aleja de los estándares internacionales de efectividad de los derechos sociales.

Sí hay que resaltar que la conclusión a la que llega la Suprema Corte de Justicia es la correcta, pues si nos ponemos a analizar el caso concreto y las argumentaciones jurídicas está justificada la negación del amparo. Lo que no nos parece adecuado es que haga un pronunciamiento general del derecho al trabajo haciendo nugatorio el trasfondo de derecho internacional que se ha ido desarrollando respecto de este derecho social.

Me parece que hubiera sido suficiente argumentar que, en el caso concreto, el derecho al trabajo no se violentaba, ya que los trabajadores tenían derecho a una indemnización que les permitía tener acceso a un nuevo trabajo. Pero la disconformidad con el derecho internacional se trajo a colación cuando se trató de negar el derecho al trabajo.



*Suspensión de los derechos
político-electorales a la luz del
derecho internacional
de los derechos humanos*

MAURICIO IVÁN DEL TORO HUERTA*

I. ESTÁNDARES INTERNACIONALES: SOCIEDAD DEMOCRÁTICA, DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Los derechos político-electorales son una modalidad de los denominados derechos políticos en sentido estricto o derechos de participación política que, a su vez, forman parte de un grupo más amplio de derechos que se identifican y reivindican como esenciales en toda sociedad democrática.¹ La importancia y trascendencia de los primeros en el conjunto del debate en torno a los sistemas políticos y a la propia noción de democracia representativa, hacen de ellos una pieza esencial en el conjunto del sistema de derechos fundamentales, tanto en el ámbito nacional como internacional.

¹ En general, véase, Picado, Sonia, "Derechos Políticos como derechos humanos" en Nohlen, D. Zavatto, D. Orozco, J. y Thompson, J. (comp.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica-IIDH-International IDEA-Universidad de Heidelberg-IFE-TEPJF, 2007, pp. 48-59.

En el ámbito interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) –lo mismo que su homóloga europea y otros organismos de derechos humanos– ha destacado que "los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana [sobre Derechos Humanos] como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático." De ahí que "el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención".² Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) también ha reiterado que el ejercicio de los derechos políticos "es un elemento esencial del régimen democrático de gobierno".³ En el mismo sentido, la Carta Democrática Interamericana reconoce como elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

El presente documento tiene por objeto analizar algunos criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) relacionados con la suspensión de los derechos políticos prevista en el artículo 38 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que México es Estado parte, así como de los criterios emitidos por las instancias

² Cfr. Corte IDH, Casos *Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 191, y *Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párrs. 140 y 143.

³ Cfr. Comisión IDH, "Derechos humanos, derechos políticos y democracia representativa en el sistema interamericano" en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991*, OEA/Ser.L/V/II.79. rev 1. Doc 12, 22 de febrero de 1991. Esta misma importancia de los derechos en un sistema democrático ha sido destacada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Cfr. *Case of Hirst vs. The United Kingdom* (No. 2), Grand Chamber, (*Application No. 74025/01*), Judgment, 6 October 2005, párrs. 58 y 59. De acuerdo con el TEDH, el derecho al sufragio no es un privilegio y en los Estados democráticos debe asumirse una presunción a favor de la inclusión.

internacionales correspondientes, en particular –pero no sólo– por la Corte IDH, a efecto de valorar la razonabilidad de la restricción contemplada en dicho precepto constitucional, así como la actuación del Máximo Tribunal del país en este tema. Lo anterior, en el entendido de que la jurisdicción constitucional en materia electoral en México tiene una doble faz, o un doble control judicial. Por un lado, el control abstracto que ejerce la SCJN al resolver las acciones de inconstitucionalidad, así como las contradicciones de tesis que surgen entre los tribunales federales; por el otro, el control concreto que recae en la competencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).⁴ De esta forma, una revisión global tendría que considerar los criterios de ambas jurisdicciones constitucionales, de ahí que el análisis que ahora se presenta sólo sea una aproximación al tema de la suspensión de los derechos políticos con motivo de una condena penal.

El general, los tratados de derechos humanos que reconocen los derechos político-electorales –que resultan relevantes para analizar la práctica jurisprudencial mexicana– son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Además, existen otros instrumentos que deben considerarse al momento de interpretar los derechos político-electorales en el marco del sistema jurídico mexicano, entre ellos, destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la referida Carta Democrática Interamericana; así como algunos tratados específicos que prohíben la discriminación.⁵ Al respecto, destacan también las opiniones y comentarios de los órganos

⁴ En conjunto, a raíz de la reforma electoral de 1996, se habla de un sistema integral de justicia electoral que no está exento de contradicciones internas y críticas externas, pero que, en definitiva, ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial y ha contribuido a la consolidación de un sistema de medios de impugnación que, la mayoría de las veces, ha resultado en un recurso efectivo para garantizar los derechos político electorales de los ciudadanos en nuestro país. Sistema en el que la SCJN tiene la última palabra tratándose de la interpretación del texto constitucional realizada al resolver las acciones de inconstitucionalidad o las contradicciones de criterios entre la propia SCJN y el TEPJF. Véase la tesis del Pleno de la SCJN P./J. 83/2007, con rubro: DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA A VOTAR Y SER VOTADO. SON DERECHOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS A TRAVÉS DE LOS PROCESOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, DE ACUERDO AL SISTEMA COMPETENCIAL QUE LA MISMA PREVÉ, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVI, Diciembre de 2007, p. 984.

⁵ Entre ellos destacan, en el ámbito universal, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial (art. 5); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 7) y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos

encargados de supervisar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados y de interpretar los derechos reconocidos en esos y otros instrumentos internacionales; en particular, las opiniones consultivas y los criterios de la Corte IDH –en tanto tribunal especializado cuya jurisdicción fue reconocida por México y en cuyo vasto cuerpo jurisprudencial se encuentra el desarrollo más pujante y robusto de los derechos en el hemisferio americano–; así como de la CIDH, a través de sus informes generales o informes finales en casos de peticiones individuales, y del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH), órgano encargado de la supervisión del PIDCP, en particular, su *Observación General 25* sobre el tema, así como sus informes derivados de peticiones individuales.⁶

El conjunto de instrumentos internacionales y de los criterios interpretativos mencionados orientan la labor de los Jueces nacionales –o deberían hacerlo– y constituyen la fuente principal del "control de convencionalidad" de las normas y prácticas internas, el cual ha sido definido por la Corte IDH como un control que debe ejercerse por los Jueces nacionales *ex officio*, en tanto órganos del Estado obligados a velar porque las disposiciones de los tratados internacionales (en particular, de la CADH) no se vean mermados por la aplicación de leyes o prácticas contrarias a su objeto y fin.⁷ Tales criterios –siempre importantes– resultan

de todos los trabajadores migratorios y sus familias (art. 42), y, en el interamericano, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer [*Convención de Belem do Para*] (arts. 4 y 5) y la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (art. 1).

⁶ *Cfr. Observación General No. 25*, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57o. período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996).

⁷ En relación con las prácticas judiciales, la Corte IDH "ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los Jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus Jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un 'control de convencionalidad' *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. *Cfr.* Corte IDH, entre otros, Caso *Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, pág. 114. Sobre el denominado "control de convencionalidad" *cfr.* Albanese, Susana (coord.), *El Control de Convencionalidad*, Argentina, Ediar, 2008; García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humana-

particularmente relevantes tratándose de la valoración de limitaciones a los derechos fundamentales, las cuales deben interpretarse restrictivamente sobre la base de nociones *garantistas*, como la doctrina del *efecto útil*; la concordancia práctica; la cláusula del contenido esencial; la maximización u optimización de los derechos; la posición preferente, el estándar mínimo o el principio *pro persona*; además de la interpretación sistemática y evolutiva de las normas sobre derechos humanos y el principio de proporcionalidad o juicio de ponderación.⁸

Adicionalmente, es importante señalar que los criterios de otros tribunales nacionales, así como de otras instancias supranacionales (como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) también contribuyen a la conformación y consolidación de estándares comunes, propios de la pretensión de universalidad de los derechos y de la función de garantía colectiva que ellos suponen. Su consideración ha generado una saludable deliberación y un fructífero diálogo entre Jueces cada vez más distintivo del modelo abierto y plural de administración de justicia que

nos en el periodo 2007-2009", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 13, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 497-539; Hitters, Juan Carlos, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*, en *La Ley* (Buenos Aires), 27 de julio de 2009, pp. 1-5, y Rey Cantor, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008.

⁸ Entiendo aquí por nociones "garantistas" las que buscan maximizar los derechos a través de la interpretación jurídica a partir de los textos normativos y sus principios subyacentes. Al respecto, en general, *cf.* Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2a. ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 99-127; Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 217-260; Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2005, pp. 122-132; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005. Por su parte, la Corte IDH ha señalado que el equilibrio en la interpretación de la Convención Americana "se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional" [*Asunto de Viviana Gallardo y otras*, Decisión del 13 de noviembre de 1981, Serie A, núm. G 101/81, párrafo 16], asimismo ante la disyuntiva de qué norma aplicar "debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana" [Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5, párrafo 52], dado que los derechos buscan la eficaz protección de la persona humana, es decir, "debe hacerse una interpretación pro persona". *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párrafo 173. Según la Corte IDH "los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva [...] es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Corte IDH, entre otros, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párrafo 155.

caracteriza a los tribunales constitucionales en la "comunidad de Estados constitucionales", como la concibe Peter Häberle.⁹

Respecto del reconocimiento de los derechos políticos, en términos generales, tanto el PIDCP (art. 25), como la CADH (art. 23) tienen una redacción similar.¹⁰ En general, tales preceptos incorporan los derechos que la doctrina identifica como derechos políticos en sentido estricto o derechos de participación política que incluyen: a) el derecho a participar en los asuntos públicos; b) el derecho al sufragio (activo y pasivo) y c) el derecho de acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad.¹¹ Adicionalmente y a diferencia de los otros instrumentos internacionales, la CADH contiene una "cláusula restrictiva" o "cláusula de reserva explícita", con un mandato de configuración legal para que el legislador ordinario establezca límites a los derechos político-electorales, así

⁹ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001, pp. 75-77. Sobre el fenómeno de recepción nacional de la jurisprudencia internacional y del denominado diálogo judicial o jurisprudencial véase, en general, García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya (coords.), *Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Admisión de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM-SRE-Corte IDH, 2009.; así como Toro Huerta, Mauricio del, "El diálogo interjudicial entre las jurisdicciones constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos. Especial referencia al sistema interamericano" y Silva García, Fernando, "Hacia un diálogo jurisdiccional entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales", ambos en Corzo, Edgar (coord.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, UNAM, 2009.

¹⁰ La CADH dispone: Artículo 23. Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. / 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por Juez competente, en proceso penal. La redacción del primer párrafo de este precepto es muy similar al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. Asimismo guarda estrecha relación con los artículos XX y XXXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre referentes, el primero al *Derecho de sufragio y de participación en el gobierno* y, el segundo, al *Deber de sufragio*; así como al 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹¹ Cfr. O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Colombia, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 743.

como un límite al mismo (un límite a los límites) expresado con el adverbio "exclusivamente".¹²

En el ámbito de la CADH, la garantía de estos derechos está respaldada por otros derechos y otras disposiciones, tales como los artículos 25 y 27 de la propia CADH (que disponen, el primero, un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo contra actos que vulneren los derechos humanos, entre ellos, los políticos y, el segundo, la inderogabilidad de los derechos políticos inclusive en Estados de emergencia);¹³ así como por los deberes generales derivadas del artículo 1 y 2 de la CADH de respeto y garantía de los derechos y de adecuación del ordenamiento y las prácticas internas a la normativa internacional. Además, los derechos de participación política se vinculan con otros derechos como la libertad de expresión y asociación, el de acceso a la información y el deber de transparencia que son indispensables en una sociedad democrática.

En la interpretación de tales preceptos deben considerarse las reglas de interpretación de los tratados; en particular, las previstas en el artículo 29 de la CADH, en el sentido de que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la CADH o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. En todo caso, como lo ha destacado la Corte IDH, se "debe determinar cuál es la

¹² Cfr. Sobre la noción de "cláusula de reserva" véase Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 282-285.

¹³ Cfr. Corte IDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 35; y *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 26.

interpretación que se adecua de mejor manera al conjunto de las reglas y valores que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos."¹⁴

En este contexto, deben considerarse también las limitaciones implícitas al ejercicio de ciertos derechos, y el alcance y las condiciones de las restricciones permitidas que se establecen en los artículos 30 y 32 de la CADH, en el sentido de que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas y que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.¹⁵

A continuación se identifican los principales estándares internacionales relacionados con el derecho al sufragio (activo y pasivo) por ser este "el principal de los derechos de participación política"¹⁶ y el que nos permite comprender de mejor manera la razonabilidad de ciertas limitaciones o restricciones, entre ellas la denominada "suspensión de derechos", pues si bien los derechos o prerrogativas del ciudadano, a las que se refiere el artículo 35 de la CPEUM, no se limitan al derecho a votar en las elecciones populares,¹⁷ así como tampoco los supuestos de suspensión a que se refiere el artículo 38 constitucional, lo cierto es que la suspensión del derecho al sufragio, en cualquiera de sus modalidades, tiene una racionalidad pro-

¹⁴ Corte IDH. Caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 33.

¹⁵ En palabras de la Corte IDH, las justas exigencias de la democracia "deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas". Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 44.

¹⁶ *Cfr.* Díaz Revorio, Francisco Javier, *El control constitucional del Tribunal Electoral*, Temas selectos de Derecho Electoral, Núm. 11, TEPJF, México, 2010, p. 13.

¹⁷ Al respecto, la Constitución mexicana dispone: Artículo 35.- Son prerrogativas del ciudadano: I. Votar en las elecciones populares; II. 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; III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país; IV. Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes; y V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

pia respecto de otros derechos o prerrogativas que conviene destacarse, dada su importancia en el ejercicio de otros derechos y en el funcionamiento de un régimen democrático.

Dentro del conjunto de estándares internacionales relacionados con los derechos políticos, pueden diferenciarse aquellos relacionados con el contenido de los derechos de aquellos vinculados con la posibilidad de su limitación, restricción o delimitación.¹⁸

Respecto al contenido del derecho al sufragio y las obligaciones de los Estados, destacan los siguientes.

a) Naturaleza del derecho al sufragio. De acuerdo con el TEDH, el derecho al sufragio no es un privilegio, es un derecho, y toda presunción sobre sus alcances debe tender a la inclusión.¹⁹

b) Doble dimensión del derecho al sufragio. En palabras de la Corte IDH, "el ejercicio de los derechos a ser elegido y a votar, íntimamente ligados entre sí, es la expresión de las dimensiones individual y social de la participación política." En su dimensión individual "los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos", en su dimensión social, "el derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política." Lo anterior "implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos". Por otra parte, "la participación política mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran

¹⁸ Dejo de lado aquí la discusión teórica sobre estos conceptos. Al respecto, véase, entre otros: Aguiar de Luque, Luis, "Los límites de los derechos fundamentales" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 14, Enero-abril, 1993, pp. 9-34 y Correa Heneo, Magdalena, *La limitación de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003.

¹⁹ TEDH, *Mathieu-Mohin and Clerfayt vs. Belgium*, Judgment of 2 March 1987, No. 113, pág. 51.

obtener la cantidad de votos necesarios para ello." La dimensión social supone, además que "el derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b) de la CADH se ejerce regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores".²⁰

c) *Obligaciones específicas de protección y garantía.* La Corte IDH ha destacado que es indispensable que los Estados generen las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación, y que existan los recursos judiciales sencillos y efectivos necesarios para garantizar su protección y pleno ejercicio, y se tramiten con la celeridad necesaria para facilitar la toma de decisiones en el marco del calendario electoral.²¹ Además, la Corte IDH considera que en el ámbito de los derechos políticos "la obligación de garantizar resulta especialmente relevante y se concreta, entre otros, en el establecimiento de los aspectos organizativos o institucionales de los procesos electorales, a través de la expedición de normas y la adopción de medidas de diverso carácter para implementar los derechos y oportunidades reconocidos en el artículo 23 de la Convención. Sin esa acción del Estado los derechos a votar y a ser votado, simplemente, no podrían ser ejercidos

²⁰ Casos *Yatama*, *cit.*, párr. 197-199 y *Castañeda Gutman*, *cit.*, párrs. 147-149.

²¹ Corte IDH, Casos *Yatama*, *cit.*, párrs. 150, 194-200 y *Castañeda Gutman*, *cit.*, párrs. 144-150. Es importante hacer notar que tratándose del ejercicio de los derechos políticos el plazo para la resolución de los recursos judiciales debe considerar la naturaleza de los derechos e intereses en juego, como es la pretensión de buscar la postulación como candidato o la obtención de la candidatura; o, respecto del derecho al sufragio activo, la cercanía de la jornada comicial, que ameritan una respuesta pronta y efectiva no sólo para salvaguardar el derecho del aspirante o del elector sino también de la dimensión social del derecho a elecciones libres. En opinión de la Corte IDH, el derecho a la tutela judicial efectiva tratándose de temas electorales, supone que la respuesta judicial se haga "en tiempo oportuno y de manera efectiva". Caso *Castañeda*, *cit.*, p. 140. Este último caso en contra del Estado mexicano refleja muy bien la importancia de contar con un diseño institucional que garantice, en la práctica, los postulados de un sistema de justicia electoral integral, pues, en el mismo, dada la improcedencia del juicio de amparo, se cuestionó la eficacia del juicio para la protección de los derechos político-electorales de la competencia del TEPFJ ante la imposibilidad de que este tribunal ejerciera un control concreto de constitucionalidad de leyes electorales a raíz de un criterio jurisprudencial de la SCJN. La reforma de 2007 otorgó facultades explícitas al TEPFJ para ejercer dicho control. *Cfr.* Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2009; Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos" *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, 2009, pp. 775-790 y Toro Huerta, Mauricio del, "El caso Castañeda Gutman. El juicio de proporcionalidad en sede internacional", *Revista de la facultad de Derecho*, tomo LIX, año 2009, núm. 251, pp. 391-438.

[...], si no hay códigos o leyes electorales, registros de electores, partidos políticos, medios de propaganda y movilización, centros de votación, juntas electorales, fechas y plazos para el ejercicio del sufragio, éste sencillamente no se puede ejercer, por su misma naturaleza; de igual manera que no puede ejercerse el derecho a la protección judicial sin que existan los tribunales que la otorguen y las normas procesales que la disciplinen y hagan posible".²²

d) Igualdad de derechos y oportunidades. El artículo 23, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la CADH, no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término "oportunidades". Esto último, "implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos."²³

e) Dualidad de la representación. Recientemente, la Corte IDH enfatizó el vínculo entre el derecho de los representantes a ejercer su cargo y el de la comunidad a ser representada, y destacó que "en el desarrollo de la participación política representativa, los elegidos ejercen su función por mandato o designación y en representación de una colectividad. Esta dualidad recae tanto en el derecho del individuo que ejerce el mandato o designación (participación directa) como en el derecho de la colectividad a ser representada. En este sentido, la violación del primero repercute en la vulneración del otro derecho".²⁴

f) Elecciones auténticas con sufragio universal, libre y secreto. Sobre el alcance del término "elecciones auténticas", la CIDH considera que "debe existir una correspondencia entre la voluntad de los electores y el resultado de la elección". En sentido negativo, esta característica implica la ausencia de interferencias que distorsionen la voluntad de los ciudadanos, esto es, la adecuación de la voluntad popular con los resultados finales de la consulta electoral. Por tanto, se identifican dos categorías relacionadas con la autenticidad de las elecciones: las condiciones

²² Caso *Castañeda Gutman*, cit., párrs. 156-159.

²³ Caso *Castañeda Gutman*, cit., párr. 145.

²⁴ Caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, pár. 115.

generales de desarrollo del proceso electoral y los fenómenos vinculados con el sistema legal e institucional que define la organización del proceso electoral y la realización de la elección misma, es decir, los aspectos relacionados de manera directa e inmediata con la emisión del voto. Las primeras "deben conducir a que las diferentes agrupaciones políticas participen en el proceso electoral en condiciones equivalentes [...]. Además, esta característica implica la ausencia de coerciones directas o de ventajas indebidas para uno de los participantes en la contienda electoral." El segundo busca garantizar tanto la adecuada emisión del voto como su recuento correcto, a efecto de tener un control sobre el proceso y sus resultados.²⁵ Por otra parte, para la CIDH, el concepto de universalidad "tiende a asegurar la participación en el proceso electoral de todas las personas capacitadas para hacerlo", con excepción de las restricciones permitidas por el artículo 23, numeral 2, de la CADH.²⁶

Sobre la organización de las elecciones y las limitaciones o restricciones permitidas, los estándares internacionales más relevantes son los siguientes:

g) *Libertad en el diseño institucional de los sistemas electorales.* El Derecho internacional no impone un modelo único de sistemas electorales. La Corte IDH ha destacado que más allá de las características propias del proceso electoral (elecciones periódicas y auténticas) y de los principios del sufragio (universal, igual, secreto, que refleje la libre expresión de la voluntad popular), la CADH no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos. La CADH se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente

²⁵ Cfr. entre otros, Informe Anual 1979-1980, p. 22; Informe Anual 1982-1983, p. 27 y 28; Informe Anual 1983-1984, p. 119; Informe Anual 1986-1987, p. 239). Véase también Comisión IDH, "Derechos humanos, derechos políticos y democracia representativa en el sistema interamericano" en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991*, OEA/Ser.L/V/II.79.rev 1. Doc. 12, 22 de febrero de 1991 y O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, op. cit., pp. 764-768.

²⁶ Comisión IDH, *Informe Anual 1990-1991*. En general, cfr. Cantón, Santiago A., "La experiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos políticos y democracia", *Revista IIDH*, Número 42, Edición especial sobre democracia, derechos políticos y participación ciudadana, Julio-Diciembre, 2005, pp. 87-104.

pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa y de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos.²⁷ El conjunto del sistema internacional de los derechos humanos se limita a establecer lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos. Así lo confirma también la doctrina del CDH y del TEDH. Este último, incluso, ha reconocido en su jurisprudencia constante un amplio margen de apreciación de los estados en la configuración de sus sistemas político-electorales.²⁸

b) Principio de igualdad y no discriminación. En general, la Corte IDH ha destacado que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. "Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias." No obstante, no toda distinción es, por sí misma, discriminatoria, sólo lo es cuando "carece de justificación objetiva y razonable". Así lo ha confirmado también el TEDH.²⁹ No habrá discriminación, enfatiza la Corte IDH, "si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción

²⁷ Cfr. Casos *Yatama*, cit., párr. 207 y *Castañeda Gutman*, cit., p. 149.

²⁸ El CDH en su *Observación general No. 25*, reconoce que el Pacto no impone ningún sistema electoral concreto, aunque "todo sistema electoral vigente en un Estado Parte debe ser compatible con los derechos amparados por el artículo 25 y garantizar y dar efecto a la libre expresión de la voluntad de los electores" (p. 21) y así lo ha considerado también el TEDH, entre otros, en los casos *Mathieu-Mohin and Clerfayt vs. Belgium* (judgment of 2 March 1987, No. 113, párr. 54) y *Zdanoka vs. Latvia* (judgment of 16 March 2006 [GC], no. 58278/00, párr. 103). El TEDH ha sostenido que las legislaciones electorales de los Estados deben ser valoradas a la luz de la evolución política de cada país; de forma tal que cuestiones que pueden resultar inaceptables en el contexto de un sistema político pueden estar justificadas en el contexto de otro, mientras que ofrezca condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo. Cfr. *Case of Tănase and Chirtoacă vs. Moldova (Application No. 7/08)* Judgment of 18 November 2008, párr. 103.

parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana". Finalmente, reconoce el tribunal de San José que "el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico", por lo que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Esto se traduce, entre otras cosas, "en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales", y deben además adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas.³⁰

En materia de derechos políticos, la Corte IDH ha entendido que el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad, a que se refiere el artículo 23.1.c) de la CADH, está referido tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación, y es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.³¹ Tal supuesto se cumple cuando los criterios y procedimientos para el acceso al cargo sean razonables y objetivos, que garanticen que las personas no sean objeto de discriminación. Además, debe tenerse en cuenta que "el acceso en condiciones de igualdad constituiría una garan-

²⁹ Cfr. Entre otros, TEDH, *Case of Willis vs. The United Kingdom*, Judgment of 11 June, 2002, p. 39.

³⁰ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003*. Serie A No. 18, párrs. 88, 91, 101, 103 y 104.

³¹ Cfr. *Casos Yatama, cit.*, párr. 200 y *Castañeda Gutman, cit.*, p. 150.

tía insuficiente si no está acompañado por la protección efectiva de la permanencia en aquello a lo que se accede".³² Esta cláusula de igualdad debe ser interpretada en conexión con lo dispuesto también por el artículo 24 de la CADH, respecto del principio de igualdad y no discriminación relacionado con en el derecho a la participación política.³³

i) Limitaciones permitidas al ejercicio de los derechos de participación política.

Existe un claro consenso nacional e internacional en el sentido de que los derechos políticos pueden ser objeto de limitaciones. La CADH, a diferencia de otros instrumentos internacionales, establece una cláusula restrictiva de derechos en el segundo párrafo de su artículo 23, al enunciar determinadas restricciones por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por Juez competente, en proceso penal. En opinión de la Corte IDH, dicho cláusula tiene como propósito único –a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales– "evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos." Tales causales –continúa el Tribunal– se refieren a las condiciones habilitantes (requisitos de elegibilidad) que la ley puede imponer para ejercer los derechos políticos, y las restricciones basadas en esos criterios son comunes en las legislaciones electorales nacionales, que prevén el establecimiento de edades mínimas para votar y ser votado, ciertos vínculos con el distrito electoral donde se ejerce el derecho, entre otras regulaciones. "Siempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos." Tal precepto debe ser interpretado en su conjunto y de manera armónica, de modo que no es posible interpretarlo de manera aislada "ni tampoco es posible ignorar el resto

³² Corte IDH. Casos *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 206 y *Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párrs. 138 y 139. En su análisis la Corte se refiere a la Observación General No. 25 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Artículo 25: La Participación en los Asuntos Públicos y el Derecho de Voto*, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 7, 12 de julio de 1996, párr. 23.

³³ *Cfr.* Caso *Yatama, cit.*, Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán, párr. 28-32.

de los preceptos de la Convención o los principios básicos que la inspiran para interpretar dicha norma." De ahí que se afirme que el análisis de las limitaciones a los derechos políticos tenga que someterse a un doble rasero: al respeto del principio de igualdad y no discriminación y al test de proporcionalidad y necesidad, sobre la base de las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. Por tanto, no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana.³⁴

Además, a diferencia de otros derechos establecidos en la CADH y en otros tratados, el artículo 23 de la CADH no establece explícitamente las causas legítimas o las finalidades permitidas por las cuales la ley puede regular los derechos políticos, limitándose a establecer ciertos aspectos o razones (capacidad civil o mental, edad, entre otros) con base en los cuales los derechos políticos "pueden ser regulados en relación con los titulares de ellos pero no determina de manera explícita las finalidades, ni las restricciones específicas que necesariamente habrá que imponer al diseñar un sistema electoral, tales como requisitos de residencia, distritos electorales y otros. Sin embargo, las finalidades legítimas que las restricciones deben perseguir se derivan de las obligaciones que se desprenden del artículo 23.1 de la Convención".³⁵

j) Objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de las limitaciones permitidas. De acuerdo con la CIDH, el derecho al "sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores" requiere, al menos, que la soberanía popular pueda ejercerse sin discriminaciones injustificadas que impliquen una pérdida del valor real del poder del voto.³⁶ En opinión de la CIDH, la CADH reconoce las limitaciones que el Estado puede establecer razonablemente al ejercicio de los derechos políticos, mediante la reglamentación exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instruc-

³⁴ Caso *Castañeda Gutman*, cit., pág. 153-155 y 161.

³⁵ Caso *Castañeda*, cit., párrs. 181-183.

³⁶ Cfr. CIDH, Informe No. 137/99. CASO 11.863, Andrés Aylwin Azócar y otros. Chile, 27 de diciembre de 1999, pág. 116.

ción, capacidad civil o mental, o condena por Juez competente en proceso penal. Se trata, según el parecer de la CIDH, de limitaciones *numerus clausus*, por lo que toda otra causa que limite el ejercicio de los derechos de participación política igualitaria que consagra la Convención resultaría contraria y, por lo tanto, violatoria de las obligaciones internacionales del Estado bajo dicho instrumento. Además, las restricciones o limitaciones al derecho a la participación en el gobierno deben estar justificadas por su necesidad en el contexto de la sociedad democrática, delimitadas por los medios, motivos, razonabilidad y proporcionalidad.³⁸ En sentido similar se han pronunciado el TEDH y el CDH, al señalar, el primero, que el derecho subjetivo a la participación política implica ciertas "limitaciones implícitas" en el derecho a elegir y ser electo, pero no pueden existir condiciones a su ejercicio que "restrinjan los derechos en cuestión al extremo de vaciarlos de su contenido esencial e impedir su eficacia; que son impuestas para perseguir un fin legítimo; y que los medios empleados no son desproporcionados", en el entendido que la garantía de libre expresión implica esencialmente –además de la libertad de expresión en sentido estricto– el principio en la igualdad de trato a todos los ciudadanos en el ejercicio de su derecho a votar y ser elegidos en elecciones democráticas, de forma tal que se permita la participación ciudadana de manera efectiva.³⁹ Por su parte, el Comité, en su *Observación General No. 25*, ha reconocido que los derechos políticos no son absolutos pero que toda condición que se establezca debe basarse en criterios "objetivos y razonables", por lo que considerando el principio de proporcionalidad, restricciones mayores de los derechos políticos exigen una justificación específica.⁴⁰

k) Suspensión de derechos políticos a personas privadas de libertad. El CDH, en su *Observación General No. 25*, expresó que si el motivo para suspender el derecho a votar es la condena por un delito, el período de tal suspensión debe guar-

³⁷ Cfr. CIDH, *Andrés Aylwin Azócar y otros, cit.*, párrs. 101-116.

³⁸ CIDH, Informe No. 98/03, Caso 11.204, *Fondo, Statehood Solidarity Committee*. Estados Unidos, 29 de diciembre de 2003, pág. 90.

³⁹ Entre otros, *Mathieu-Mobin and Clerfayt vs. Belgium*, Judgment, 2 March 1987, Series A no. 113, pág. 52 y *Case of Labita vs. Italy*, (Application no. 26772/95), Judgment of 6 April 2000, pág. 201.

⁴⁰ Caso *Pietraroia vs. Uruguay*, Comunicación No. 44/1979, 27 de marzo de 1981, párr. 16.

dar la debida proporción con el delito y la condena y que a las personas a quienes se prive de libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar.⁴¹ Por su parte, el TEDH ha reiterado que la suspensión general y automática del derecho al voto para elecciones parlamentarias a las personas privadas de libertad (sin considerar la duración de la misma; la naturaleza o gravedad de la infracción cometida y la situación personal) es una medida desproporcionada e incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En opinión del tribunal, los prisioneros conservan sus derechos fundamentales, salvo su derecho a la libertad personal, cualquier otra restricción debe estar justificada, en particular por razones de seguridad para evitar la comisión de delitos y el desorden en los centros de reclusión o detención. Ello no excluye que la medida de suspensión se aplique a personas que cometieron abusos graves en el ejercicio de funciones públicas o que atentaron o amenazaron con minar el Estado de Derecho o los fundamentos de la democracia. En este sentido, lo que no se justifica es la suspensión de los derechos políticos sobre la base exclusiva de haber infringido el orden público, deben existir otras justificaciones basadas en criterios objetivos y razonables, y resultar una medida necesaria y proporcional. Se requiere además, de acuerdo al TEDH, que exista un vínculo claro y suficiente entre la sanción, la conducta y las circunstancias del sujeto infractor, lo que supone una orden judicial derivada de procedimientos seguidos con las debidas garantías en que se valore la necesidad y proporcionalidad de la medida.⁴²

II. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS EMITIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En este apartado se sintetizan dos criterios de jurisprudencia de la Primera Sala de la SCJN sobre la suspensión de los derechos políticos generados al resolver igual número de contradicciones de tesis entre Tribunales Colegiados.

⁴¹ CDH, *Observación General No. 25*, cit., p. 14.

⁴² TEDH, *Affaire Calmanovici c. Roumanie*. (Requête no. 42250/02). ARRÊT, 1er. juillet 2008, [Définitif, 01/10/2008] párrs. 151-153 y *Case of Hirst vs. The United Kingdom* (No. 2), (Application no. 74025/01), JUDGMENT, 6 October 2005, párrs. 69-82.

1. Contradicción de tesis 89/2004-PS

a. Antecedentes de la contradicción

El primer asunto al que se hará referencia es el relativo a la Contradicción de tesis 89/2004-PS, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Noveno y Décimo, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. La denuncia de contradicción fue denunciada por el Presidente del Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. La cuestión que se planteó en dicha contradicción consistió en determinar si debe o no mediar petición expresa por parte del Ministerio Público para que pueda imponerse al sentenciado la sanción de suspensión de sus derechos políticos durante la extinción de una pena privativa de libertad, como consecuencia necesaria de ésta, y si en caso de no haberla solicitado, ésta no es procedente.

El Noveno Tribunal Colegiado sostuvo, al resolver el amparo directo 1059/2004 y lo reiteró después en diversos asuntos, que de acuerdo con el artículo 35 de la CPEUM la suspensión de los derechos políticos del sentenciado durante la extinción de una pena privativa de libertad no requiere petición expresa por parte del Ministerio Público, por ser una consecuencia necesaria de la pena de prisión impuesta en la sentencia condenatoria. De esta forma, el Juez de la causa no sólo debe enviar copia de dicha resolución al órgano competente del Instituto Federal Electoral, para los efectos del artículo 57, fracción I, del Código Penal del Distrito Federal,⁴³ sino condenar al sentenciado con la suspensión de sus derechos políticos. La razón subyacente es que la suspensión de derechos si bien no es una pena pública, si es una consecuencia necesaria de la pena privativa de libertad, por lo

⁴³ El Código Penal para el Distrito Federal dispone: Artículo 57 (*Clases de suspensión y de privación*). La suspensión y la privación de derechos son de dos clases: I. La que se impone por ministerio de ley como consecuencia necesaria de la pena de prisión; y II. La que se impone como pena autónoma. En el primer caso, la suspensión o privación comenzarán y concluirán con la pena de que sean consecuencia. En el segundo caso, si la suspensión o la privación se imponen con pena privativa de la libertad, comenzarán al cumplirse ésta y su duración será la señalada en la sentencia. Si la suspensión o la privación no van acompañadas de prisión, empezarán a contar desde que cause ejecutoria la sentencia.

que no requiere de la petición expresa del Ministerio Público, pues opera por ministerio de ley.⁴⁴

Por otra parte, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver el amparo 1460/2004 y en otros posteriormente, consideró que la autoridad responsable se había excedido al confirmar en todo sus aspectos la sentencia de primer grado, sin constatar que el *a quo* había ordenado remitir copia al Instituto Federal Electoral, sin que el Ministerio Público hubiera solicitado la suspensión de los derechos políticos, con lo cual se afectó las garantías previstas en el artículo 14 constitucional, al haberse privado al quejoso de sus derechos al voto activo y pasivo, pues era necesaria la solicitud expresa del Ministerio Público al no poder afirmarse que dicha suspensión sea una consecuencia necesaria de la pena privativa de libertad en los términos del artículo 58 del Código Penal del Distrito Federal.⁴⁵ Lo anterior toda vez que la suspensión sólo opera en las figuras delictivas que la contemplan como sanción, aun cuando, en términos de las fracciones II y III del artículo 38 constitucional, los derechos políticos se suspendan desde la fecha del auto de formal prisión y durante la extinción de la pena corporal, pues tal suspensión, si bien opera desde el plazo constitucional señalado, debe ser convalidada en la sentencia, previa solicitud del Ministerio Público, para efecto de que tales derechos sigan suspendidos mientras se compurge la pena.

En su sentencia, la Primera Sala de la SCJN consideró que existía una contradicción en lo relativo a si debe mediar o no petición expresa por parte del Ministerio Público, para que se pueda imponer al sentenciado la suspensión de sus derechos políticos durante la extinción de una sanción privativa de libertad, como consecuencia necesaria de ésta y estableció que el criterio a prevalecer sería el que emitiera la propia Sala.

⁴⁴ Este criterio se expresó en la Tesis I.9o.P. J/1, con rubro: SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS Y CIVILES DEL SENTENCIADO. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XVI, Noviembre de 2002, p. 1101.

⁴⁵ Artículo 58 (*Suspensión de derechos como consecuencia de la pena de prisión*). La pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos, en los términos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en su caso, los derechos de tutela, curatela, para ser apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en concursos, árbitro, arbitrador o representante de ausentes. La suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y concluirá cuando se extinga la pena de prisión.

b. Consideraciones esenciales

El análisis de la Primera Sala parte de lo dispuesto por los artículos 35 y 38 de la CPEUM,⁴⁶ y destaca que si bien este último artículo en su parte inicial alude a la suspensión de los derechos y prerrogativas de los ciudadanos, en su parte final se establece que la ley fijará los casos en que se pierden o suspenden los derechos o prerrogativas de referencia, autorizando de esta manera al legislador para que fije los casos respectivos. Además, la Sala reiteró su criterio en el sentido de que la suspensión de los derechos o prerrogativas de los ciudadanos significa una privación temporal, durante el tiempo que la ley establece, y los ciudadanos suspensos en sus derechos quedan excluidos del electorado y de la posibilidad de ser elegidos, es decir, de participar en la organización política.

Sobre esta base, la Sala considera que el legislador, tanto en el ámbito federal como en el del Distrito Federal,⁴⁷ estableció dos clases de suspensión de derechos: la que por ministerio de la ley resulta de una sanción como consecuencia necesaria de ésta y, la que por sentencia formal se impone como sanción; asimismo se dispone que la pena de prisión produce la suspensión, entre otros, de los derechos políticos, así como la forma en que comienza y concluye dicha suspensión.

En ambos códigos penales –señala la resolución– se distingue entre la suspensión de derechos que se produce por ministerio de ley en tanto que es conse-

⁴⁶ Artículo 35.- Son prerrogativas del ciudadano: I. Votar en las elecciones populares; II. 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; III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país; IV. Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes; y V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

Artículo 38.- Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: I. Por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36. Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señalare la ley; II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión; III. Durante la extinción de una pena corporal; IV. Por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes; V. Por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal, y VI. Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión./ La ley fijará los casos en que se pierden y los demás en que se suspenden los derechos de ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación.

⁴⁷ En particular los artículos 24, inciso 12; 45 y 46 del Código Penal Federal y 30, fracción VII; 56; 57 y 58 del Código Penal del Distrito Federal.

cuencia necesaria de otra sanción o de la pena de prisión, de la suspensión que se impone como sanción independiente; en el primer caso, por ejemplo, cuando se impone una pena de prisión, se produce como consecuencia, entre otras, la suspensión de derechos políticos y, en el segundo caso, la suspensión de derechos se impondrá como una sanción específica, por establecerlo de esta manera el tipo penal respectivo.

Posteriormente en la sentencia se analiza el supuesto de suspensión que se produce por ministerio de ley en tanto es consecuencia necesaria de otra sanción o de la pena de prisión y por tanto se presenta en la etapa del proceso en que se dicta sentencia. Al respecto, se precisa que la suspensión de derechos por ministerio de ley se produce de manera intrínseca como consecuencia necesaria de la imposición de una sanción o de la pena de prisión, sin que se requiera de un acto voluntario para ello, consecuencia "que el Juez debe tomar en cuenta ineludiblemente al dictar sentencia" en atención a lo previsto en el artículo 21 constitucional, en el sentido de que "la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial".

Por otra parte, se consideran también las facultades del Ministerio Público y se advierte que la función investigadora y persecutoria del Ministerio Público, en el procedimiento penal, "tiene su origen desde que inicia la fase de averiguación previa, y culmina con la presentación de las conclusiones, en la que fija su posición en relación al cuerpo del delito y la responsabilidad del inculcado, así como respecto de la imposición de las penas correspondientes."

c. Conclusiones de la Corte

Con base en lo anterior, la Primera Sala aprobó con carácter de jurisprudencia el criterio siguiente:

DERECHOS POLÍTICOS. PARA QUE SE SUSPENDAN CON MOTIVO DEL DICTADO DE UNA SENTENCIA QUE IMPONGA UNA SANCIÓN O LA PENA DE PRISIÓN, NO ES NECESARIO QUE ASÍ LO HAYA SOLICITADO EL MINISTERIO PÚBLICO. Los derechos políticos del ciudadano señalados en el artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, encuentran su limitación

en las hipótesis suspensivas contempladas en las fracciones II, III y VI del artículo 38 constitucional, de manera que cuando se suspenden los derechos políticos durante la extinción de una pena privativa de libertad en términos de la citada fracción III, se está en presencia de una pena regulada en los artículos 24, inciso 12, 45, fracción I y 46 del Código Penal Federal, así como en los diversos 30, 56, 57, fracción I y 58 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, al prever, como una de las clases de suspensión de derechos, la que se establece por ministerio de ley como consecuencia necesaria de la imposición de una sanción o de la pena de prisión. Ahora bien, la circunstancia de que la suspensión de derechos políticos, se imponga por ministerio de ley como consecuencia necesaria de la citada imposición, implica que una vez que el gobernado se ubica en la hipótesis constitucional –como cuando se extingue una pena privativa de libertad–, no se requiere un acto voluntario diverso para que se produzcan sus consecuencias, sino que operan de manera inmediata. De esta forma, la suspensión de derechos por ministerio de ley, es la que de manera intrínseca se produce como consecuencia necesaria de la imposición de una sanción o de la pena de prisión, que el Juez debe tomar en cuenta ineludiblemente al dictar sentencia; por lo que es innecesario que en estos casos el Ministerio Público (del fuero común o del fuero federal) solicite la indicada suspensión en la etapa procedimental en la que formula sus conclusiones acusatorias. En consecuencia, si el órgano jurisdiccional, al momento de dictar la sentencia respectiva y en ejercicio de sus facultades, suspende los derechos políticos del sentenciado, no rebasa la acusación, ya que dicha suspensión no está supeditada a la solicitud del Ministerio Público, sino a lo dispuesto por una norma constitucional, la cual se desarrolla por otra de carácter secundario en los términos apuntados.⁴⁸

2. Contradicción de tesis 8/2006-PS

a. Antecedentes de la contradicción

La contradicción fue denunciada por el Presidente del Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito respecto de algunos criterios

⁴⁸Tesis de jurisprudencia 67/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de 1o. de junio de 2005. Novena Época, No. Registro: 177988, Instancia: Primera Sala, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXII, Julio de 2005, Materia(s): Penal, Tesis: 1a./J. 67/2005, p. 128.

sustentados por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Éste último sostuvo en diferentes amparos directos que, de acuerdo con los artículos 57, fracción I y 58 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, la suspensión de los derechos políticos se considera una consecuencia de la pena de prisión que debe contar a partir de que cause ejecutoria la sentencia condenatoria y hasta la extinción de la pena de prisión impuesta en ella, sin que deba supeditarse la suspensión a que el sentenciado ingrese o no a prisión, pues la ley no distingue, que su efectividad dependa o no de que el sentenciado se acoja a algún sustitutivo de ella o al beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ya que optar por lo anterior, no significa que desaparezca la pena de prisión.⁴⁹ Por su parte, el Noveno Tribunal Colegiado, al resolver diversos amparos directos, sostuvo que la suspensión de los derechos políticos del sentenciado únicamente opera para el caso de que el sentenciado compurgue la pena de prisión impuesta y por el tiempo de duración de ésta, como consecuencia directa y necesaria de la pena de prisión impuesta conforme a lo dispuesto por el artículo 38 fracción II constitucional, por lo que si el sentenciado se acoge al sustitutivo de la pena de prisión por multa otorgado, la suspensión de derechos políticos quedará sin efecto, en razón de que la suspensión de dichos derechos opera durante la extinción de una pena corporal, por ser de naturaleza accesoria y no autónoma; considerar lo contrario llevaría al absurdo de condenar a la suspensión de derechos políticos cuando la pena impuesta fuera de naturaleza pecuniaria, situación que no se encuentra prevista constitucionalmente.

La Primera Sala de la SCJN consideró que existía una contradicción entre los criterios expuestos sobre si la suspensión de los derechos políticos, como consecuencia de la pena de prisión, queda sin efecto cuando el sentenciado se acoge a algún sustitutivo de la pena de prisión y determinó que debía prevalecer el criterio de la propia Primera Sala.

⁴⁹ Lo anterior se consignó en la tesis: I.3o.P.J/17, con rubro: SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS. SU EFECTIVIDAD NO DEPENDE DE QUE EL SENTENCIADO SE ACOJA A ALGÚN SUSTITUTIVO DE LA PENA DE PRISIÓN O AL BENEFICIO DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE SU EJECUCIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: XXIII, Febrero de 2006, p. 1742.

b. Consideraciones esenciales

En su análisis la Sala considera lo dispuesto en los artículos 35 y 38 de la CPEUM, particularmente destaca que, de acuerdo con la fracción III, del precitado artículo 38, la suspensión de los derechos políticos durará el tiempo de extinción de la pena privativa de libertad y que, de acuerdo con la parte final del mismo precepto, la ley fijará los casos en que se pierden o suspenden los derechos o prerrogativas de referencia, autorizando de esta manera al legislador para que fije los casos respectivos. En el caso del Distrito Federal, el Código Penal dispone que la sanción relativa a suspensión de derechos, consiste en la pérdida temporal de los mismos (art. 56); que hay dos clases de suspensión de derechos, la que opera por ministerio de ley cuando se impone como consecuencia necesaria de la pena de prisión y, la que se impone como pena autónoma, es decir, como sanción independiente (art. 57); y que la pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos a partir de que cause ejecutoria la sentencia que imponga la pena de prisión y hasta que ésta se extinga (art. 58).

Con base en ello, se concluye que la sanción consistente en la suspensión de los derechos políticos es una sanción que se produce como consecuencia necesaria de la pena de prisión, por lo que su duración depende de la que tenga la de prisión, por ser accesoria, pues deriva de la imposición de esta última, sin que, por tanto, corresponda imponerla al juzgador, como sí sucede tratándose de penas autónomas, las cuales son impuestas por el juzgador en uso de su arbitrio judicial y de conformidad con el tipo penal respectivo. Así, "en atención a la naturaleza accesoria de la suspensión de derechos políticos como consecuencia necesaria de la de prisión, debe señalarse que cuando esta última es sustituida, la suspensión de derechos políticos, sigue la misma suerte que aquélla", con independencia de cuál sea el sustitutivo de la pena (multa o trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad, tratamiento en libertad o semilibertad). En otras palabras, "la naturaleza de la pena sustitutiva resulta irrelevante para considerar que cuando la pena de prisión es sustituida, tal sustitución incluye la suspensión de derechos políticos que le es accesoria."

Lo anterior es así, porque, la sustitución de penas (prevista en los artículos 84, 85, 86 y 87 del código citado como una facultad del Juez del proceso y condi-

cionada a la reparación del daño) sólo "constituye una forma alterna que se confiere a favor del reo para que cumpla con la pena impuesta, cuya justificación se identifica con la prevención especial para lograr la readaptación del sentenciado", en los términos del artículo 18 de la Constitución Federal que obliga a las autoridades mexicanas a organizar un sistema penal orientado a ese fin. La naturaleza accesoria de la suspensión de los derechos políticos supone también que, si se deja sin efectos la sustitución y se ordena la ejecución de la pena de prisión, ésta llevará consigo la primera, siempre que la pena no se haya extinguido con la propia sustitución (tratándose de multas, por ejemplo).

c. Conclusiones de la Corte

Con base en lo anterior, la Primera Sala aprobó con carácter de jurisprudencia el criterio siguiente:

SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS. AL SER UNA SANCIÓN ACCESORIA DE LA PENA DE PRISIÓN, CUANDO ÉSTA ES SUSTITUIDA, INCLUYE TAMBIÉN A LA PRIMERA. Conforme al artículo 38, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como al numeral 57, fracción I, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, la suspensión de derechos políticos es una sanción que se produce como consecuencia necesaria de la pena de prisión, por lo que su naturaleza es accesoria, pues deriva de la imposición de la pena corporal y su duración depende de la que tenga ésta; de ahí que su aplicación no corresponda al juzgador, como sí sucede tratándose de penas autónomas, las cuales son impuestas en uso de su arbitrio judicial y de conformidad con el tipo penal respectivo. En esa virtud, cuando la pena de prisión es sustituida, la suspensión de derechos políticos como pena accesoria de la primera, sigue la misma suerte que aquélla, pues debe entenderse que se sustituye la pena en su integridad, incluyendo la suspensión de derechos políticos que le es accesoria.⁵⁰

⁵⁰ Tesis: 1a./J. 74/2006, con rubro: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXIV, Diciembre de 2006, p. 154.

III. ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD ENTRE LOS CRITERIOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SCJN Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

El artículo 38 de la CPEUM plantea múltiples e interesantes cuestiones relacionadas con la suspensión de los derechos políticos. Existen, además de los aquí expuestos, otros criterios de la SCJN sobre este tema, así como también del TEPJF.⁵¹ De hecho, existe una contradicción de tesis pendiente de resolución ante el Pleno de la Corte sobre el momento en que deben suspenderse los derechos políticos, en los términos de la fracción II del precepto constitucional citado, cuando existe un auto de formal prisión pero la persona goza de libertad provisional o cautiva y materialmente no se encuentre en prisión.⁵² El tema también ha sido objeto de análisis y polémica en diferentes cortes supremas y constitucionales (entre otros, ante las Cortes Supremas de Israel, Canadá, Australia y la Corte Constitucional de Sudáfrica).⁵³

Los criterios seleccionados para este documento parten de una premisa común, prevista en la fracción III del artículo 38 constitucional, que los derechos políticos

⁵¹ Del TEPJF véase, por ejemplo, la tesis IX/2010 con rubro: SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO ELECTORALES. TRATÁNDOSE DE PRÓFUGOS DE LA JUSTICIA, NO REQUIERE DECLARACIÓN JUDICIAL, relacionada con la fracción V del artículo 38 constitucional y su interpretación sistemática.

⁵² Contradicción de Tesis 6/2008. De entre las sustentadas por la Sala Superior del TEPJF con el rubro: SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO PREVISTA EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 CONSTITUCIONAL. SÓLO PROCEDE CUANDO SE PRIVE DE LA LIBERTAD y la Primera Sala de la SCJN con el rubro: DERECHOS POLÍTICOS. DEBEN DECLARARSE SUSPENDIDOS DESDE EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 38, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, al resolver, respectivamente, el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano 85/2007, y la contradicción de tesis 29/2007-ps. En su sesión de 26 de mayo de 2011, el Pleno de la SCJN, por mayoría de siete votos, resolvió la contradicción de tesis 6/2008-PL, a favor del criterio sostenido por la Sala Superior del TEPJF en el sentido de que no se suspenden los derechos políticos de las personas que materialmente no se encuentran en prisión, no obstante haberse dictado en su contra un auto de formal prisión. Al momento de la redacción de estas líneas está pendiente el engrose de la resolución, así como las opiniones concurrentes y minoritarias.

⁵³ En ese orden: *Hilla Alrai vs. Ministro del Interior* (Israel, 1996); Caso *Sauvé vs. Canadá* (Canadá, 2002); Caso *Roach vs. Comisión Electoral* (Australia, 2007); *August vs. Comisión Electoral* (Sudáfrica, 1999) y *Nicro* (Sudáfrica, 2004); del TEDH véanse *Hirst vs. Reino Unido* (2004, resuelto en definitiva en 2005 por la Gran Chamber), *Zdanoka vs. Latvia* (2006), *Vito Sante Santoro vs. Italia* (2004), *Labita vs. Italia* (2000) y *Affaire Calmanovici c. Roumanie* (2008). Cfr. En general, Ewald, Alec, "Worlds Apart: Criminal Disenfranchisement Law in High Courts", Ponencia presentada en *II Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral* (2009). Disponible en la página electrónica del Tribunal Electoral: <http://www.te.gob.mx>. También la Corte Suprema Norteamericana se pronunció sobre el tema y ha confirmado la facultad de los Estados para tomar la suspensión (*Richardson vs. Ramirez*), siempre que no se adopte como medida discriminatoria (*Hunter vs. Underwood*). Cfr. Artzner, Courtney, "Evaluating the fundamental right to vote and felon disenfranchisement in the United States and Canada" en *Chicago Journal of International Law 2006-2007*, pp. 423-443.

se suspenden *durante la extinción de una pena corporal* de manera automática por ministerio de ley. Ambos criterios procuran controlar la discrecionalidad de la medida restrictiva y desentrañar el sentido de la misma. En el primer caso, se afirma la imposición inmediata de la suspensión sin necesidad de que el Ministerio Público la solicite y constriñendo al Juez de la causa a tomarla en cuenta en el momento de dictar sentencia, quien debe además enterar a la autoridad electoral para efectos de la actualización del registro federal de electores.⁵⁴ En el segundo, se afirma que cuando la suspensión opera como una sanción accesoria a la pena de prisión, depende de ésta en su duración, de forma que si se sustituye la pena se deja sin efecto la suspensión, sin necesidad de que el Juez así lo declare.⁵⁵

En las resoluciones que se comentan, la SCJN se concreta al análisis del problema a partir del texto constitucional y de algunos otros preceptos legales aplicables sin una sola referencia a normas o criterios internacionales.⁵⁶ Tal circunstancia puede responder a diversos factores, algunos de ellos relacionados con cuestiones metodológicas o de argumentación que limitan el análisis al sentido gramatical del enunciado constitucional y estiman innecesario un análisis mayor ante la imposibilidad de darle un sentido diverso, pues ello podría derivar en la mutación del texto vía interpretativa (lo que para algunos resulta inaceptable), otra explicación puede encontrarse en una particular concepción de la Constitución como norma cerrada e inalterable por el derecho internacional.

⁵⁴ Al respecto existe la tesis aislada, 1a. XCIX/2001, de la Primera Sala de la SCJN, con rubro: DERECHOS POLÍTICOS. EL ARTÍCULO 162 DEL CÓDIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES QUE IMPONE A LOS JUECES LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR AL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL LAS RESOLUCIONES QUE DECRETEN SU SUSPENSIÓN O PÉRDIDA, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 36 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

⁵⁵ El TEPJF se pronunció en sentido similar al resolver el expediente SUP-JDC-20/2007, del cual derivó la tesis relevante XXX/2007, con rubro: SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES. CONCLUYE CUANDO SE SUSTITUYE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD QUE LA PRODUJO (Legislación del Estado de México y similares). La contradicción de tesis 15/2010, entre dos Tribunales Colegiados en materia penal (cuarto y noveno), resuelta en sesión del Pleno de la SCJN del 22 de junio de 2010, se relaciona también con este aspecto, sólo que en ella se sostiene que la suspensión condicional de la pena no deja sin efecto la suspensión de los derechos, con lo cual se hace una distinción entre sustitución de pena y suspensión condicional de la misma. Tesis P./J. 86/2010, con rubro: SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS. CONTINÚA SURTIENDO EFECTOS AUNQUE EL SENTENCIADO SE ACOJA AL BENEFICIO DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

⁵⁶ En la contradicción de tesis 8/2006-PS, la única referencia es a un comentario de Ignacio Galindo Garfias al artículo 38 de la constitución. A diferencia de algunos precedentes sobre el mismo tema, del TEPJF en donde se analizan disposiciones de tratados internacionales y se siguen algunos estándares de la práctica internacional. Véase la sentencia del expediente SUP-JDC-20/2007 citado.

Atendiendo a los estándares internacionales que conciben al Juez nacional como garante del derecho internacional y exigen de él un "control de convencionalidad" –si no riguroso como lo haría un tribunal supranacional, sí efectivo–, y desde otras concepciones más abiertas del texto constitucional, aunque no por ello menos formales, hubiera sido deseable que la SCJN se pronunciara sobre la objetividad, necesidad y proporcionalidad de la suspensión de los derechos políticos prevista en la constitución –no para "suplantar al legislador o "constituyente permanente", sino para darle un sentido racional y razonable al propio ordenamiento. Al no problematizarse el sentido de la fracción III del artículo 38 constitucional, ni siquiera para justificarlo, se deja de lado el aspecto medular de la garantía de los derechos políticos de los sentenciados, consistente en que sus limitaciones deben basarse en criterios objetivos y razonables, ser necesarios y proporcionales de acuerdo a las exigencias de una sociedad democrática.

Es decir, resulta conveniente que el texto constitucional deje de ser un referente aislado. Su supremacía no excluye un análisis de proporcionalidad a partir de normas internacionales y estándares de instancias especializadas en materia de derechos humanos. Por el contrario, el propio texto constitucional (a partir de sus artículos 1o. y 133) y las obligaciones impuestas por los tratados internacionales, exigen un esfuerzo de justificación mayor de los Jueces constitucionales, máxime en procedimientos que resuelven contradicciones de tesis, que no están limitados a las pretensiones de las partes, y si bien se constriñen al tema de la contradicción eso no obsta para que se analicen y justifiquen las premisas y se oriente el sentido de la interpretación de los enunciados normativos.⁵⁷

Un dato curioso –pero relevante– es que en las contradicciones que se comentan nunca se cuestiona la premisa que concibe a la suspensión de los dere-

⁵⁷ No se pretende que en una contradicción de tesis se declare la inconstitucionalidad de un precepto legal, así como tampoco que se cuestione la congruencia de las disposiciones en el propio texto constitucional –lo que además resulta inviable según los propios parámetros de la SCJN que no admiten la revisión de antinomias en el propio texto constitucional. Lo que se busca es que se justifiquen las determinaciones y se interpreten las normas de manera tal que la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos sean considerados como un sistema integrado de garantías de los derechos, en la medida en que ello resulte acorde con los principios que subyacen a las normas y a los fines y derechos que buscan proteger y salvaguardar.

chos políticos como una medida general y automática. Como se destacó en el primer apartado, ese tipo de restricciones han sido consideradas como injustificadas a la luz de las normas internacionales, tanto por el CDH como por el TEDH, al afirmar que toda suspensión debe guardar proporción con la duración de la condena, la gravedad del delito y la situación personal del sentenciado.

A la luz de estos criterios es posible cuestionar que no se exija una justificación por parte del Ministerio Público para solicitar la suspensión de los derechos políticos, a efecto de que el Juez pueda valorar y resolver en consecuencia. De igual forma, resulta cuestionable que no se exprese ninguna justificación de la imposición automática de la suspensión por ministerio de ley, más allá de la ley misma. Máxime cuando el propio derecho internacional brinda respuestas que permiten guardar un adecuado equilibrio entre el texto constitucional y su interpretación conforme con el derecho internacional.

La Constitución sólo precisa que los derechos se suspenden "durante la extinción de una pena corporal", ello admite ser interpretado en al menos dos sentidos: siempre se suspenden los derechos durante la extinción de una pena corporal o pueden suspenderse los derechos durante la extinción de una pena corporal.⁵⁸ El principio interpretativo según el cual "si la ley no distingue, no puede hacerlo el juzgador" es una garantía de seguridad jurídica de los gobernados frente a interpretaciones arbitrarias de los Jueces, pero no puede ser encumbrado como un principio que restrinja de manera desproporcionada los derechos humanos o como un pretexto para la inamovilidad interpretativa, ahistórica, del texto constitucional, frente a la exigencia de que los tribunales constitucionales mantengan "vivo" el sentido del texto constitucional, a través de una interpretación histórica y evolutiva. Con ello se evita que el aforismo *dura lex sed lex* se convierta en sinónimo

⁵⁸ Esta segunda interpretación es congruente con el segundo párrafo del artículo 38 constitucional que establece un mandato de configuración legal de los casos en que "se pierden y los demás en que se suspenden los derechos de ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación". Pues, es plausible concluir que puedan configurarse condiciones en que la suspensión opera por ministerio de ley y otras en que requiere una determinación judicial, no sólo para efecto de la fracción VI, en que se impone como pena principal, sino también en términos de la fracción III del mismo precepto, como una pena accesoria pero no necesaria.

inaceptable de *summum ius summa iniuria*.⁵⁹ De cualquier forma, tratándose de limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales es preferible que el Juez realice un ejercicio de justificación de sus premisas, cuando existen elementos o criterios interpretativos que las cuestionan.

Por ejemplo, en ciertos casos podría argumentarse que el diseño del sistema electoral y el adecuado desarrollo y vigilancia de los procesos electorales requiere contar con mecanismos de control que garanticen la expresión libre e informada de los electores y, por tanto, que, en el momento actual, permitir el voto de las personas privadas de su libertad sin un diseño legal e institucional que garantice la participación en condiciones de igualdad de las personas privadas de libertad sería atentar contra los principios de certeza, legalidad, objetividad considerados, entre los principios rectores de la materia electoral por el propio texto constitucional (art. 41, fracción V). La salvaguarda de tales principios resulta sin duda un fin legítimo, pero ¿resulta necesaria y proporcional la medida en todos los casos?

Es difícil dar una respuesta general, pero es perfectamente concebible un régimen donde el Ministerio Público solicite la medida de suspensión como pena accesoria a la privación de la libertad en atención a la gravedad y modalidad del delito, como también lo es que el Juez valore cuáles son los derechos políticos que resulta necesario y proporcional suspender en razón de la condena y del sujeto sentenciado. Así, en ciertos casos podría justificarse plenamente la suspensión del derecho a ser votado, pues, para ello se requiere que el candidato goce de libertad para hacer su campaña y llevar su mensaje al electorado, o del derecho de asociación política que supone el ejercicio de la libertad de reunión y participación, cuestiones que, por razones de seguridad, pueden quedar restringidas en los centros penitenciarios. En tales casos, sin embargo, podría mantenerse el derecho a votar, pues no existe una justificación objetiva para privar de manera general y automática a los sentenciados del sufragio activo, al menos no en sentido absoluto. Quizá podría considerarse que el derecho a votar en los centros penitenciarios, por razones

⁵⁹ El sentido literal o corriente no es una regla autónoma o suficiente en la interpretación de enunciados jurídicos, dado el carácter sistemático del ordenamiento y los principios subyacentes a las normas. *Cfr.*, entre otros, Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 211-235.

de seguridad, quede restringido a las elecciones federales, o a las presidenciales (que permiten, por ejemplo, el voto por correo desde el extranjero), dada su periodicidad, pues instalar casillas en tales centros para elecciones locales, permitir el voto por correo o permitir la salida el día de la jornada electoral de un número considerable de individuos puede provocar inseguridad o disturbios en los propios centros y respecto de los propios internos.

Tales consideraciones requerirían una reflexión más profunda sobre la conveniencia de mantener cláusulas tan generales en el texto constitucional respecto a la suspensión de los derechos políticos y motivaría un cambio de paradigma respecto a la necesidad de restringir tales derechos de manera automática y general. Lo que podría derivar en una reflexión adicional sobre las condiciones de detención y sobre las mejores formas de contribuir a la readaptación social de los delincuentes.

Por todo lo anterior, no se exagera cuando se afirma que la cuestión de la suspensión de derechos políticos se ubica en una encrucijada; toda consideración sobre la necesidad y proporcionalidad de la medida supone un análisis complejo no sólo del sistema político y electoral, sino también del sistema penal y penitenciario. Las condiciones de reclusión y el funcionamiento de la prisión preventiva en México son cuestiones de hecho que no pueden dejarse de lado cuando se analizan las razones que justifican la suspensión de los derechos políticos de las personas privadas de libertad por condena o detenidas en prisión preventiva. A la luz de los estándares internacionales de derechos humanos no es suficiente con apearse a una interpretación aparentemente gramatical del texto constitucional, es preciso interpretar ese texto de forma sistemática y funcional respecto de las normas internacionales de derechos humanos y con el conjunto del sistema jurídico. En general, se reconoce que no existe prelación entre métodos interpretativos (aunque todos partan del análisis de un texto); pero existen deberes y obligaciones específicas que requieren ser valoradas al momento de definir el sentido último de un precepto constitucional. Así como es importante considerar el principio de rigidez constitucional, también lo es adoptar una concepción y una dinámica constitucional acordes con las exigencias de un Estado constitucional abierto, plural y cooperativo en los términos que han sido expuestos por Peter Häberle y que permitan una reflexión más amplia y plural sobre el alcance de los derechos y deberes

más fundamentales. Cabe recordar que el deber de garantía de los derechos fundamentales supone por parte de los Estados y de sus Jueces, tratándose de los derechos políticos –aunque no sólo de ellos– la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea su titular tenga la oportunidad real para ejercerlos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna.



*La intervención de las
fuerzas armadas en tareas de
seguridad pública en México*

MIGUEL SARRE*

* Profesor-investigador del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Miembro del Subcomité para la Prevención de la Tortura de la ONU.

Si las instituciones que están pensadas para la protección contra enemigos de la nación son usadas para la seguridad interna todos somos enemigos reales o potenciales. No podemos exigirle a la Fuerzas Armadas que replanten sus objetivos para combatir a un enemigo disimulado entre la propia población a la cual deben defender.

Sergio Tonothiu Plata Ortiz

I. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Los referentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) considerados en este trabajo son:

Convención Americana sobre Derechos Humanos

- Artículo 7.2 y 7.5 Derecho a la protección de la libertad personal.
- Artículo 25. Derecho a la protección judicial.
- Artículo 27. Suspensión de Derechos sólo mediante declaratoria de excepción.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

- Artículo 4. Suspensión de derechos sólo mediante declaratoria de excepción.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

- Artículo 26. Principio *pacta sunt servanda*.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Posterior a la sentencia examinada).

- El derecho a ser protegido ordinariamente por autoridades competentes civiles.
- Excepcionalidad y extremo cuidado en el empleo de las fuerzas armadas para la seguridad interna.
- Obligación de prevenir violaciones a los derechos humanos.
- Obligación de dar un "efecto útil" a las disposiciones de la Convención.

Otras fuentes del DIDH

- *Observación general número 29 del Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre los estados de emergencia: Necesidad de la proclamación, notificación y terminación de los estrados de excepción y proporcionalidad de las medidas adoptadas. (Posterior a la sentencia examinada).*
- *Comité de Derechos Humanos. 98o. período de sesiones. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por los Estados: observaciones dirigidas al Estado mexicano para garantizar que la seguridad pública sea mantenida, en la mayor medida posible, por fuerzas de seguridad civiles y no militares. (Posterior a la sentencia examinada).*

II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE MEXICANA

1. Antecedentes y hechos

Ante la aprobación de la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, un grupo de 167 diputados encabezados

por Leonel Godoy Rangel interpusieron la Acción de Constitucionalidad 1/96 en la que los actores formularon diversos conceptos de invalidez, en cuya argumentación destaca:

[...] siendo el problema de seguridad pública una cuestión toral, que debe ponérsele especial atención, encaminada directamente desde la prevención hasta la mejor persecución de conductas delictuosas, para ello resulta menester la suma de esfuerzos coordinados entre las instituciones u organismos encargados de ella, pero sin que se contemple dentro de esas funciones ni a la Secretaría de la Defensa Nacional ni a la Secretaría de Marina, razón por la cual su inclusión dentro del Consejo Nacional de Seguridad Pública carece de justificación y sustento, siendo, sin embargo, el participar ambas entidades a través de sus titulares, contrario al espíritu del artículo constitucional señalado, al establecer que se refiere a la coordinación de cuerpos policíacos o autoridades encargadas de la prevención y persecución de los delitos y, en consecuencia, la inclusión de dos instituciones cuyos objetivos son diversos, se conforma una amalgama confusa, que se pudiese calificar inclusive de riesgosa y evidentemente al margen del precepto fundamental multicitado.

[...] nuestra Constitución expresamente establece la prohibición en tiempo de paz para la milicia, de hacer o intervenir en otro tipo de actividad que no sea el de la disciplina militar, este texto tiene su origen en la Constitución de 1857, de la cual es considerado el padre de la misma Don Ponciano Arriaga, quien emitió, sobre el particular, un voto del que bien vale la pena transcribir algunas de sus ideas: "...Lo que en mi concepto han querido los señores que hicieron la adición de que se trata, es la abolición de esas comandancias fijas, perpetuas, inamovibles y una precisamente en cada Estado como empleo necesario, constituido e inherente a la demarcación política, comandancias que no han sido ni son mas que rivales de las autoridades de los Estados, que toman parte muy directa en los asuntos civiles, políticos y administrativos; que deliberan y mandan, no ya en asuntos de justicia, sino también de hacienda, de paz y de seguridad pública; y que, ejerciendo de hecho otras facultades y atribuciones que de derecho no pertenecen sino a las autoridades políticas o civiles, ya sean de los Estados o del Gobierno Federal, han dado margen a todas las querellas y colisiones, a todas las disputas y discordias que tantas veces han perturbado, no solamente la buena armonía que debe reinar entre todos los funcionarios públicos, sino también

el régimen legal y hasta la paz pública... Cuidar de la paz y de la seguridad pública, administrar la justicia y la hacienda, reprimir los crímenes y delitos, en fin, gobernar la sociedad, son atribuciones de la sociedad que obra a nombre de la ley; la ley es la expresión de la voluntad popular y los funcionarios militares nada tienen que hacer por sí y ante sí, si no son requeridos, mandados o autorizados por las potestades civiles, en todos los negocios que no tengan íntima y directa conexión con la disciplina de obediencia que es su primitiva ley...". No podemos ignorar que los tiempos en que fue motivo de debate el artículo 129 en comento, son diferentes a los actuales, y sin embargo los principios han prevalecido, precisamente para el efecto de que cada institución actúe en el ámbito de su respectiva competencia, sin intromisiones en asuntos que le son ajenos. Bajo esas condiciones, le corresponde a la autoridad civil lo concerniente a lo relativo a la seguridad pública, no estando obviamente contemplada como tal la milicia. Así se establece por el legislador cuando se aprueba el artículo 129, de acuerdo a la claridad de los conceptos del ilustre tribuno citado, careciendo inclusive de facultades los militares para participar como miembros integrantes de un consejo de la envergadura como el que se establece en el artículo 12 ahora impugnado. La pretensión buscada por el precepto constitucional es mantener un justo equilibrio entre la autoridad civil y la militar, con el fin de armonizar la convivencia social, evitando la influencia nociva entre ambas, pues mientras una debe estar preparada para defender a la Nación, la otra, la integridad de las personas. Ahora bien, la ley secundaria con evidente violación de estos principios fundamentales, las une indebidamente en un organismo cuya competencia es exclusiva de la autoridad civil.

Cabe señalar que en la demanda correspondiente no se invocó el DIDH.

2. Consideraciones esenciales

Al resolver la acción interpuesta justificando la intervención militar en materia de seguridad pública (sin necesidad de declarar un régimen de excepción) la Corte mexicana invocó fundamentalmente las siguientes razones:

- La intervención de las autoridades militares sólo tendrá lugar "a solicitud expresa, fundada y motivada, de las autoridades civiles y de que en

sus labores de apoyo se encuentren subordinados a ellas y, de modo fundamental, al orden jurídico previsto en la Constitución". (Tesis 36).

- El riesgo de que con motivo de la intervención militar se violenten derechos fundamentales no es suficiente para impedir que con ella se frene la criminalidad, puesto que los afectados por las violaciones a sus derechos podrán "acudir a los medios de defensa que la propia Constitución prevé para corregir esas desviaciones". (Tesis 35).
- "Cuando sin llegar a los extremos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier caso que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto –previstos por el artículo 29 constitucional– se produzca una situación que haga temer fundadamente por sus características que, de no enfrentarse de inmediato, sería inminente precipitarse en alguna o todas esas graves situaciones". (Tesis 37).

Éstas son las cuestiones básicas que permiten una confrontación con el DIDH, y dado que la sentencia en cuestión no se refiere a la jurisdicción militar *per se* (tema que es objeto de análisis por separado en esta obra colectiva) me centraré en la aplicabilidad del DIDH en la sentencia examinada, en cuanto ésta autoriza a los militares para intervenir en materia de seguridad pública.¹

Agrego asimismo que la Corte mexicana tampoco invocó el DIDH en su resolución.

3. Conclusiones de la Corte

De esta forma, la Corte mexicana resolvió, unánimemente, que la acción de constitucionalidad promovida era infundada y, en consecuencia, declaró la validez de los preceptos legales impugnados.

¹ Anexo 1: parte relevante de las seis tesis jurisprudenciales que se desprenden de esta sentencia, Registros del IUS: 192084, 192083, 192082, 192081, 192080, 192079.

III. ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD ENTRE LA SENTENCIA MEXICANA Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Desarrollaré las razones por las cuales, si bien en el DIDH no existe una prohibición absoluta para la intervención de las fuerzas armadas en materia de seguridad pública, ello no implica desconocer que el derecho a la seguridad pública tiene un carácter eminentemente civil, donde la intervención de los militares está condicionada. Enseguida consideraré si los presupuestos invocados por la Corte mexicana son suficientes para justificar dicha intervención a la luz del DIDH. En tercer lugar, exploraré si las salvaguardas o estándares de garantía invocados por la Suprema Corte son suficientes para preservar los derechos humanos durante y con posterioridad a la intervención de los militares y, en último lugar, a manera de conclusión, apuntaré algunas de las consecuencias perniciosas que para los derechos humanos y la seguridad pública, se han producido con motivo de las intervenciones militares en los términos autorizados por la Suprema Corte.

1. Referentes sobre la intervención militar en labores de policía y el carácter eminentemente civil de la seguridad pública como un derecho reconocido por el DIDH

En una sentencia reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido:

Este Tribunal hace notar que en determinados estados de emergencia o en situaciones de alteración del orden público, los Estados utilizan las Fuerzas Armadas para controlar la situación. Al respecto, la Corte estima absolutamente necesario enfatizar en el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común. Tal como ha señalado este Tribunal, "los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales". *Cfr.* Caso Montero Aranguren y Otros

(Retén de Catia). Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 78). *El deslinde de las funciones militares y de policía debe guiar el estricto cumplimiento del deber de prevención y protección de los derechos en riesgo, a cargo de las autoridades internas. En este sentido, se muestran algunos avances, tales como la declaración de "Normas humanitarias mínimas aplicables en situaciones de estado de excepción" ("Normas de Turku") [...].*² (Énfasis agregado).

La Corte estima que, una vez determinada una intervención militar con tan amplios alcances en función de objetivos a su vez tan amplios y difusos (*supra* párr. 48), la suspensión de garantías que en efecto operó en este caso, y que el Estado reconoció al allanarse a la alegada violación del artículo 27 de la Convención, sobrepasó la facultad reconocida a los Estados por la Convención en el primer inciso de esta disposición.³

En el mismo sentido, al establecer el artículo 43 de la Carta de las Naciones Unidas la obligación de los estados miembros de contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales con el apoyo de sus fuerzas armadas, se parte del supuesto que la función de los ejércitos está orientada hacia el exterior de los Estados y no hacia su interior. La Carta en ningún momento dispone que los estados también alisten a sus policías para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, reflejando con ello una clara división del trabajo entre militares y policías.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de la ONU en sus observaciones dirigidas al Estado mexicano ha indicado:

El Estado parte debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que la seguridad pública sea mantenida, en la mayor medida posible, por fuerzas de seguridad civiles y no militares.⁴

² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Sentencia de 4 de julio de 2007, (*Fondo, Reparaciones y Costas*). párr. 51. Como anexo 2 se reproduce un extracto de las referidas Normas de Turku.

³ *Idem.*, párr. 52.

⁴ Comité de Derechos Humanos. 98o. período de sesiones. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Nueva York, 8 a 26 de marzo de 2010. CCPR/C/MEX/CO/5. página 5. Cabe precisar que esta observación es de fecha posterior a la sentencia examinada.

Finalmente, en el Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México se establece que la intervención de los militares en las tareas de seguridad pública debe tener un carácter excepcional, en los siguientes términos:

Al soldado se le forma, entrena y condiciona para luchar contra el enemigo, un enemigo abstracto contra el cual debe imponerse por la fuerza, pues en la guerra el envite es matar o morir. Cuando se mezclan las funciones y la capacidad de fuego de la policía con las de los militares –señala el Informe de Desarrollo Humano 2002, de las Naciones Unidas– se corre el riesgo de que se cometan excesos y se incurra en violencia innecesaria.⁵

Es cierto que de lo anteriormente invocado, así como de otros instrumentos convencionales y de las distintas fuentes formales, tanto del sistema universal como del americano (y del europeo), no se infiere una prohibición absoluta para la intervención de los militares en tareas de seguridad. Sin embargo, lo anteriormente expuesto se configura el carácter eminentemente civil de la seguridad pública. Habrá que examinar enseguida la justificación de las excepciones a este derecho.

2. Análisis de la justificación que hace la Corte mexicana respecto de los supuestos de excepción *al carácter eminentemente civil de la seguridad pública*

Para dar lugar a la intervención de la autoridad militar, la sentencia establece elementos formales y materiales:

Supuesto formal: la solicitud de la autoridad civil para la intervención de las Fuerzas Armadas.

De acuerdo con la doctrina que ha venido sosteniendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde sus primeros casos, se lesiona el "efecto útil" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México", México, 2003, páginas 35-36.

El objeto y fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos. Por ello, la Convención debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo "su efecto útil".⁶

En efecto, la formalidad de la solicitud de la autoridad civil no constituye un control efectivo o garantía. Al contrario, permite que lo excepcional se vuelva ordinario sin exigencia alguna respecto de la intervención de otros poderes ni de controles internacionales. Si tanto el Ejército como las autoridades policiales federales están o deben estar subordinadas al presidente de la República, resulta que el presidente se solicita la autorización a sí mismo, con lo que este control deviene nugatorio, por lo que se priva de todo efecto vinculante al artículo 27 de la Convención. La provisión jurisprudencial en el sentido de que las autoridades militares actúen en auxilio de las civiles es un control que sólo puede tener cierta efectividad cuando media una solicitud de autoridades civiles locales o de las legislaturas, pero es absolutamente inoperante tratándose de autoridades federales.

Supuesto material: el temor fundado de que se incurra en una situación que amerite suspender las garantías (los derechos).

En la sentencia examinada se sostiene:

Decretar, parcial o generalizadamente, la suspensión de garantías, es una decisión de tal gravedad que no sólo se tienen que cumplir los requisitos formales que especifica el artículo 29, sino que éstos son la exteriorización de una reflexión cuidadosa de los más altos funcionarios de los Poderes Ejecutivo y Legislativo sobre la conveniencia de adoptar una medida de suyo extrema y que, precisamente por ello, no debe tomarse sino cuando no exista ninguna otra alternativa. Por estas razones, las Fuerzas Armadas constitucionalmente están facultadas para actuar, acatando órdenes del presidente de la República, bajo su más estricta responsabilidad, cuando, sin llegar a

⁶ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 30. Véase también el *Caso González y Otras ("Campo algodón") vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia 16 de noviembre de 2009, páginas 15, 16 y 19.

los extremos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier caso que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, se produzca una situación que haga temer fundadamente por sus características, que de no enfrentarse de inmediato por las Fuerzas Armadas, sería inminente precipitarse en alguna o todas esas graves situaciones. *En este supuesto, al no decretarse la suspensión de garantías, ante alternativas viables de solucionar pacíficamente los conflictos o que por no llegar éstos a la gravedad que supone el Texto Constitucional, y por algún motivo se prevea que podrán controlarse con rapidez, se deberá cuidar escrupulosamente que se respeten las garantías individuales estableciendo, incluso a través de los organismos competentes, una estrecha vigilancia para que se actúe del modo especificado. Suspender las garantías, puede propiciar afectación a los gobernados en los valores inapreciables de la vida y de la libertad, lo que notoriamente es contrario a la comunidad y a la justificación de la intervención de las Fuerzas Armadas que es, precisamente, servir-las. De ahí que, dentro de lo posible, deba evitarse caer en ese extremo y propiciar medidas que hagan posible superar la situación aun con el auxilio de las Fuerzas Armadas, pero sujetas al respeto absoluto a las garantías individuales y con sujeción a las autoridades civiles.*⁷

Las tareas de seguridad pública acarrearán afectaciones a la libertad personal (entre otros derechos) por parte de los agentes del Estado, es por ello que la resolución en cuestión menoscaba asimismo el efecto útil del artículo 7.2 de la Convención Americana, que establece la prohibición de privar de la libertad a las personas "salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas". Una de las condiciones que establecen estas normas es, a la luz de lo visto previamente, que la intervención de las autoridades militares en materia de seguridad pública sea de carácter excepcional.

Lo que vino a hacer la Suprema Corte es reglamentar el derecho fundamental en cuestión estableciendo una categoría intermedia general y permanente entre la plena vigencia de las normas y la suspensión de garantías adoptada con las

⁷ P. 62 de la Acción de Inconstitucionalidad 1/96. Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: III, marzo de 1996, página: 351.

condiciones y obligaciones adicionales de control establecidas para el caso en el artículo 29 constitucional y los preceptos del Pacto y de la Convención:

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. [...]

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 4

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. [...]

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

El argumento preventivo para limitar derechos sin suspender garantías, no se ajusta al principio *pacta sunt servanda* establecido por el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, vigente en México: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

La probabilidad de que se presenten los supuestos para la suspensión no admite situaciones intermedias entre el estado de excepción y la normalidad democrática, no previstas en los preceptos citados del Pacto y de la Convención.⁸ Los *principios de Siracusa*,⁹ al interpretar las disposiciones del Pacto —relativas a que las medidas de excepción se limiten estrictamente a las exigencias de la situación—, señalan:

54. El principio de la estricta necesidad se aplicará de manera objetiva. Toda medida responderá a un peligro real, claro, presente o inminente y no se podrán imponer simplemente por temor a un peligro posible.

De las fuentes del DIDH antes referidas se infiere que los organismos internacionales de protección de los derechos humanos han abierto espacios para la intervención de las fuerzas armadas aun sin haberse decretado la suspensión de derechos; sin embargo, al menos han establecido un carácter auxiliar, subsidiario, y de emergencia para dicha intervención. La única fórmula que concilia el prin-

⁸ Cabe señalar la similitud del argumento de la Corte con el concepto del *preemptive strike* que posteriormente invocaría el presidente George Bush para la invasión a Irak.

⁹ Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos, 41o. periodo de sesiones. 24 de agosto de 1984.

cipio *pacta sunt servanda*, con estos espacios es la intervención limitada de las Fuerzas Armadas (sin mediar la suspensión de derechos) cuando es inevitable que el gobierno se conduzca de otro modo para hacer frente a una situación grave y urgente en casos particulares, y no como una práctica ordinaria. Un ejemplo de ello operaría cuando se hiciese necesaria la intervención del Ejército para restablecer el orden ante una protesta policial.¹⁰

La diferencia entre las situaciones excepcionales que admite el DIDH y la categoría intermedia implantada por la Corte mexicana está precisamente en su carácter más general y permanente, que le permite al gobierno mexicano evadir los controles del DIDH al mismo tiempo que suspende el derecho a la seguridad pública como una actividad estatal eminentemente civil.

Un régimen de excepción conforme al Pacto implica que sus disposiciones "se adopten en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación... (precisando) el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicadas en razón de la emergencia ... (sujetas a) un principio de proporcionalidad...".¹¹ De ahí que dicha categoría intermedia no puede tener los mismos o mayores efectos que los permisibles bajo un régimen de excepción.

3. Insuficiencia de salvaguardas o estándares de garantía para preservar los derechos humanos durante la intervención de los militares en la sentencia de la Suprema Corte. Efecto pernicioso concomitante de la sentencia de la Corte mexicana.

• *Sobre la exigencia de la Suprema Corte en el sentido de que se mantenga el mando civil de las operaciones militares en auxilio a la seguridad pública.*

Es de sentido común que cuando en un "operativo" interviene el Ejército, la autoridad civil que participa en el mismo no tendrá el mando efectivo de su tropa, por

¹⁰ Véase al respecto Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006 (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*).

¹¹ Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 29. Los estados de emergencia. Punto No. 4.

lo que esta formalidad no satisface el "efecto útil" del artículo 7.2 convencional invocado de otros preceptos del mismo instrumento y sí, en cambio, tiene efectos perniciosos, como los que apunto más adelante. Sencillamente no es creíble que cuando un agente del Ministerio Público es asignado para participar en uno de los "operativos" pueda dar órdenes a un general con mando de tropa que estuviese "auxiliándole". Nadie esperaría que, ante un, desacato a un agente de la policía o del Ministerio Público, el alto mando militar sea detenido en el acto, se le inicie un proceso penal y se le condene a pena de prisión y a la destitución del cargo por la desobediencia al dicho agente ministerial que simplemente recibió una instrucción superior para presentarse en un determinado cuartel porque tendría lugar un operativo. Cuando el "auxiliar" es más poderoso que el "auxiliado" se invierten los términos de la relación y la labor del agente del Ministerio Público lo convierte en mero amanuense de la autoridad militar. El efecto útil de la Convención Americana es lo opuesto de un efecto formal o simbólico al que se constriñe el criterio de la Suprema Corte en este caso.

La Corte mexicana tiene razón en señalar que la autoridad militar deberá actuar subordinada a la autoridad civil pero en los hechos sabemos que los militares toman el control, de manera que la prescripción de la Corte es letra muerta.

• *Sobre la exigencia de la Suprema Corte para que las Fuerzas Armadas actúen subordinados al orden jurídico previsto en la Constitución y el DIDH.*

La sentencia en estudio dispone al respecto:

Nuevamente se impone destacar que la intervención de las Fuerzas Armadas tiende a evitar el fortalecimiento de la delincuencia organizada y, lógicamente, de su actuación al margen de la ley, con gran afectación de los gobernados en su vida, libertad, bienes y derechos. De ahí que deba reiterarse que para este alto tribunal debe ser la aplicación del derecho y su estricto acatamiento, respaldado por todas las autoridades de los tres niveles de gobierno, la fórmula equilibrada a la que debe acudir y que, *naturalmente, supone la existencia y eficacia de mecanismos de defensa en favor de los gobernados para prevenir y remediar todo tipo de abuso por parte de las autoridades en el ejercicio de sus facultades, o en el abuso de ellas, en particular cuando*

ello sucede en el delicado campo de la seguridad pública interior que se examina.
(Énfasis agregado).¹²

En este punto el mandato de la Corte supuso que existen, sin identificarlos, los mecanismos necesarios para prevenir y remediar los abusos. Faltó señalar específicamente los medios de prevención de violaciones a los Derechos Humanos razonables ante la utilización de un aparato hecho para la guerra para un fin distinto, como es el de la seguridad pública. De acuerdo con la interpretación autorizada de Corte Interamericana, estos medios preventivos forman parte de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos asumidas en el artículo 1.1 de la Convención:

La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.¹³

De esta forma la Corte Interamericana abunda sobre el contenido de la obligación de prevención:

175. El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que,

¹² P. 63 y 64 de la Acción de Inconstitucionalidad 1/96. Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: III, Marzo de 1996, página: 351.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. (*Fondo*) Parr. 166. Cabe hacer notar que el lenguaje de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es mucho más sencillo y "aterrizado", mientras que el de la Suprema Corte mexicana se apega más a las abstracciones genéricas.

como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. Pero sí es obvio, en cambio, que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aun en el supuesto de que una persona dada no haya sufrido torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto.¹⁴

Si es bien es cierto que la Suprema Corte actúa como un *legislador negativo*, ello no le impide señalar y hacer exigibles las medidas preventivas específicas que fuesen necesarias para el ejercicio de la facultad que les otorgó a los militares y darle a su sentencia el mismo efecto útil establecido por la Corte Interamericana.¹⁵

Entre las medidas legislativas posibles están: 1. La creación de un fondo para indemnizar a las víctimas de violaciones a los derechos humanos; 2. La sujeción al fuero civil para ventilar la responsabilidad penal de sus integrantes en agravio de particulares; 3. La adopción del sistema de justicia penal oral y acusatorio que contribuya a profesionalizar a los cuerpos de seguridad y ministeriales a partir del control sobre sus actuaciones y, 4. Las bases legales para la adopción de las medidas administrativas que se listan enseguida.

Medidas administrativas adoptables:

1. La capacitación en el respeto a los derechos humanos y, en especial, sobre la protección a la libertad personal y el uso de la fuerza (dirigidos al personal de

¹⁴ *Idem*, parr. 175.

¹⁵ La Suprema Corte podría declarar la inconstitucionalidad de la Ley impugnada por considerar que no contenía las medidas preventivas necesarias para garantizar un uso apegado a la ley de las facultades otorgadas y obligar así a su regulación por parte del legislador ordinario.

todos los rangos de las instituciones castrenses); 2. El escrutinio de organismos públicos de protección de derechos humanos y de la sociedad civil sobre la actividad de las Fuerzas Armadas en la materia; 3. La información sobre cada intervención de seguridad pública en la que participaren; 4. La adopción de armas no letales (acompañado de una férrea disciplina para evitar su uso excesivo, toda vez que el uso de éstas frecuentemente conlleva abusos letales al utilizarlas indiscriminadamente por considerarlas "inofensivas"); 5. La capacitación y el desarrollo de mecanismos para garantizar la cadena de custodia sobre instrumentos del delito; 6. Los mecanismos de consulta de los militares subordinados cuando tienen dudas sobre la legalidad de las actividades que se les ordenan, prevenciones públicas de apego a la legalidad y de respeto a los derechos humanos por parte de sus superiores; 7. La obligación de colaborar incondicionalmente en las investigaciones de las quejas que en su contra llevare a cabo la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; 8. El acceso fácil a la información sobre las sanciones administrativas impuestas a los militares; 9. La video grabación de sus actuaciones en este aspecto, 10. La eficaz operación de centros de control de confianza del personal militar; 11. La adopción de medidas para reducir la rotación del personal militar por deserción y baja, y 12. El seguimiento de las actividades de los militares en activo y de los que por cualquier motivo causen baja.

Sin el tipo de prevenciones específicas a las Fuerzas Armadas, la autorización para intervenir se convierte en ordinaria, ilimitada e incontrolada. Una intervención tan amplia en materia de seguridad interior como la que se ha concedido a los soldados y marinos en México amerita la declaratoria de un régimen de excepción en términos del DIDH.

4. Insuficiencia de garantías con posterioridad a la intervención de los militares. El efecto real de la sentencia de la Corte mexicana

Retomo aquí la última parte transcrita del razonamiento de la Suprema Corte en el sentido de dar por supuesta:

la existencia y eficacia de mecanismos de defensa en favor de los gobernados para *prevenir y remediar todo tipo de abuso* por parte de las autoridades en el ejercicio de sus facultades, o en el abuso de ellas [...].¹⁶ (Énfasis agregado).

La Convención Americana establece:

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

[...]

Por su parte, los citados *Principios de Siracusa*:

34. La necesidad de proteger la seguridad pública puede justificar restricciones a los derechos establecidos en ley. Esta necesidad no puede ser utilizada para limitar los derechos en forma vagas o arbitrarias y únicamente podrá ser invocada donde existan suficientes salvaguardas y remedios efectivos en contra de abusos.

En el anexo 3 presento una síntesis de la Recomendación 77/2010 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en la que ésta demostró un caso de tortura practicado por militares, en instalaciones militares, a partir de una detención arbitraria por parte de los mismos militares.¹⁷ En él se evidencia la falta de efectividad de los remedios judiciales mexicanos de cara al precepto citado, por la sencilla razón que no se puede acceder a los jueces cuando la persona es some-

¹⁶ Sentencia, pp. 63 y 64. de la Acción de Inconstitucionalidad 1/96. Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: III, Marzo de 1996, página: 351.

¹⁷ Los hechos ocurrieron el 22 de enero de 2009 y en los días subsecuentes. Al 30 de agosto de 2010, el peticionario (quejoso) continuaba detenido en un centro de alta seguridad en Tepic, Nayarit, como consecuencia de la incriminación de la que fue objeto.

tida a torturas en instalaciones militares. Aquí se hace patente que el control civil sobre las actuaciones militares en materia de seguridad pública es una quimera.

El efecto pernicioso de la sentencia examinada se constata en las recomendaciones específicas originadas por este caso, dirigidas al Secretario de la Defensa Nacional. Ellas reflejan la ausencia de salvaguardas para prevenir violaciones a los derechos humanos con motivo de la intervención del Ejército en materia de seguridad pública. Cabe señalar que las mismas se formularon catorce años después de haberse promulgado la *Ley general que establece las bases de coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública*, que dio lugar a la acción de inconstitucionalidad considerada improcedente por la Suprema Corte.

Se podría decir que no existe relación entre un caso de abuso documentado y la validación de la legislación que permitió a los militares abandonar sus cuarteles en contra de la tradición constitucional mexicana invocada en la demanda que dio lugar al caso; sin embargo, la forma en que se documentan los hechos denota que las labores del Ejército las lleva a cabo tanto en la vía pública como los cuarteles militares y que, en este caso, dentro de los mismos recintos se mantuvo detenida a la víctima durante un día, en el cual fue torturada. Esa cadena de violaciones a la legalidad y a los derechos humanos que van más allá de la actuación de algunos subordinados en un caso aislado, denota que así está operando el Ejército, puesto de lo contrario no utilizaría sus vehículos y sus instalaciones para después poner a la persona detenida oficialmente bajo la responsabilidad de la Procuraduría General de la República. La autorización a los militares para realizar funciones de seguridad pública sin haber acotado sus funciones ha dado lugar que ya no solamente actúe como policía sino como agente investigador del ministerio público.

Obviamente, éste no es el único caso. La mayor parte de las quejas presentadas ante la CNDH no se traducen en recomendaciones. Sin embargo existen otras recomendaciones examinadas de la CNDH en las que se documenta cómo los agraviados fueron detenidos por elementos del Ejército Mexicano y posteriormente puestos bajo la responsabilidad del Ministerio Público. Se está claramente

ante un *modus operandi* que permite espacios para violentar los derechos humanos al encontrarse los agraviados bajo la responsabilidad del Ejército. En los casos documentados en otras recomendaciones que involucran a las fuerzas armadas la misma CNDH acreditan los siguientes hechos:¹⁸

- Provocar asfixia una y otra vez con una bolsa de plástico
- Aplicar choques eléctricos
- Desnudar al custodiado
- Vendar los ojos y golpear en diversas partes del cuerpo y cara
- Matar con armas de fuego
- Apretar lengua y nariz con pinzas
- Ingresar a domicilios a la fuerza y sin orden judicial
- Introducir un palo de escoba por el ano

La Recomendación 77/2010 de la CNDH muestra que pese a la intervención de la CNDH en este caso, el sistema jurídico mexicano no ofrece "un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales" ante semejantes actuaciones, en este caso del Ejército, amparados en la autorización que le otorgó la Suprema Corte para intervenir en materia de Seguridad Pública de manera permanente y general.

En efecto, aun en el caso de cumplirse con las recomendaciones formuladas, ello no invalidará los medios de prueba obtenidos a partir de la detención arbitraria del peticionario puesto que, de acuerdo con la naturaleza misma del *Ombudsman*, sus recomendaciones no afectan el curso mismo de los procedimientos penales y la persona afectada se verá obligada a probar lo que ocurrió durante un periodo de detención que, independientemente de la autoridad militar que

¹⁸ Véase Programa Atalaya, "Análisis del discurso del *Ombudsman* ante el titular del Poder Ejecutivo durante la presentación del Informe Anual de la CNDH correspondiente al ejercicio 2009". "La CNDH ante los poderes de la Unión. Crítica del Discurso" así como el anexo de 13 casos documentados en 2009. www.atalaya.itam.mx Fecha de la consulta 19 de agosto de 2009.

participó en ello, no tiene cabida en los términos del artículo 7 de la Convención Americana que establece:

Derecho a la Libertad Personal

[...]

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Por lo anterior queda de manifiesto que en este caso y en los miles de casos similares no existe el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, que es un presupuesto para poder remediar el abuso de los derechos llevados a cabo a partir de la detención de la persona. En otras palabras, en vez de trasladar a las personas a un juzgado donde se protejan sus derechos se les traslada a cuarteles donde se siguen vulnerando los mismos. ¿No era previsible que esto pasara? Evidentemente que sí, estos procedimientos rutinarios contrarios a la Convención no fueron debidamente prevenidos en la sentencia examinada.

5. Conclusiones y consecuencias

Desde el DIDH, el empleo ocasional de las fuerzas armadas para garantizar la seguridad interna puede ser admisible en casos excepcionales sin suspender garantías; pero de ahí no se puede pasar a una autorización para que las fuerzas armadas realicen estas funciones de manera general y permanente, pues ello implicaría suspender el derecho de la población a ser protegida ordinariamente por la autoridad competente, que es la civil.

El derecho a ser protegido ordinariamente por las autoridades competentes civiles es ciertamente de menor intensidad que otros derechos, como el de la protección a la vida y a la libertad personales; sin embargo, los efectos del menoscabo del primer derecho, se pueden traducir en importantes violaciones a los segundos.

Un ejemplo elocuente de ello es el ocurrido al cierre de este artículo en Apodaca, N. L., en el que militares balearon a una familia que, aparentemente, no siguió sus indicaciones para hacer alto vehicular, con saldo de un adulto y un niño muertos, así como cinco heridos más.¹⁹ Escribe el periodista Sergio Sarmiento, "Quizá sea inevitable que un ejército que realiza labores de policía caiga en estos errores".²⁰

El derecho a ser protegido ordinariamente por autoridades competentes civiles no puede ser suspendido sin reunirse las condiciones y seguirse los procedimientos de proclamación, notificación y terminación exigidos por el DIDH. Las medidas derogatorias permanentes y generalizadas de este derecho no pueden servir para evadir la regulación de las medidas de excepción.

La Corte mexicana contravino el DIDH, puesto que habiendo admitido en su sentencia "el riesgo que con motivo de la intervención militar se violenten derechos fundamentales", no estableció las salvaguardas correspondientes que contribuyeran a prevenir violaciones a los derechos humanos y le dieran un efecto útil a la norma individualizada representada por su sentencia, que se justificó en frenar la criminalidad.

Los sistemas de control previstos por la Corte mexicana, en la forma de solicitud de la autoridad civil y subordinación a ésta, no constituyen salvaguardas efectivas para la protección de los derechos, pues en el primer caso se está frente a la "solicitud a sí mismo" y el segundo es inviable.

Por el contrario, su efecto fue contraproducente puesto que se ha dado impulso a la espiral delictiva en México, entre otras formas, debido a que numerosos militares, tras haberse habituado al ejercicio de la violencia sin controles estatales efectivos, han desertado para integrarse a las bandas delincuenciales que azotan a distintas regiones del país. Es relevante el caso de los *Zetas*, formado a partir de cuerpos de *elite* del Ejército.

¹⁹ *Diario Reforma*. "Expresa Ejército condolencias a la familia". Sección Nacional, p. 1. 7 de septiembre de 2010.

²⁰ *Idem*. p. 10.

ANEXO 1

Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación²¹

- Registro: 192084, Tesis: P/J. 34/2000

(...) Para determinar cuáles son las funciones que puede desempeñar el instituto armado, (...) es preciso atender al estudio sistemático de la Constitución en la que destacan las garantías individuales (...) prevista en el artículo 16, en cuanto a que no puede molestar a las personas sino por autoridad competente; de lo que se sigue que toda autoridad, especialmente tratándose de seguridad pública, tiene dos claras limitaciones, a saber: no vulnerar dichas garantías y no rebasar las atribuciones que las leyes le confieren. (...)

- Registro: 192083, Tesis: P/J. 35/2000

(...) el Estado mexicano, a través de sus tres niveles de gobierno y de todas las autoridades que tengan atribuciones relacionadas, directa o indirectamente, con la seguridad pública, deben coadyuvar a lograr los objetivos de ésta, traducidos en libertad, orden y paz pública, como condiciones imprescindibles para gozar de las garantías que la Constitución reconoce a los gobernados. (...) No tendría razón de ser la seguridad pública si no se buscara con ella crear condiciones adecuadas para que los gobernados gocen de sus garantías; de ahí que el Constituyente (...) hayan dado las bases para que equilibradamente y siempre en el estricto marco del derecho se puedan prevenir, (...) resulta inadmisiblemente constitucionalmente un criterio que propicie la proliferación y fortalecimiento de fenómenos que atenten gravemente contra los integrantes del cuerpo social, así como de cualquier otro que favoreciera la arbitrariedad de los órganos del Estado que, so pretexto de la seguridad pública, pudieran vulnerar las garantías individuales consagradas en el Código Supremo. (...)

²¹ Acción de inconstitucionalidad 1/96. Leonel Godoy Rangel y otros. 5 de marzo de 1996. Once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Mercedes Rodarte Magdaleno.

- Registro: 192082, Tesis: P./J. 36/2000

(...) se deduce que al utilizarse la expresión "disciplina militar" no se pretendió determinar que las fuerzas militares sólo pudieran actuar, en tiempos de paz, dentro de sus cuarteles (...) Es constitucionalmente posible que el Ejército, Fuerza Aérea y Armada en tiempos en que no se haya decretado suspensión de garantías, puedan actuar en apoyo de las autoridades civiles en tareas diversas de seguridad pública. (...) es imprescindible que lo realicen a solicitud expresa, fundada y motivada, de las autoridades civiles (...) de modo fundamental, al orden jurídico previsto en la Constitución, en las leyes que de ella emanen y en los tratados (...)

- Registro: 192081, Tesis: P./J. 37/2000

(...) faculta al presidente de la República a utilizar al instituto armado para salvaguardar no sólo la seguridad exterior del país, sino también la interior(...) Por estas razones las fuerzas armadas están constitucionalmente facultadas para actuar, acatando órdenes del presidente de la República, cuando sin llegar a los extremos (...) previstos por el artículo 29 constitucional- (...) deberá cuidar escrupulosamente que se respeten las garantías individuales, estableciendo, incluso, a través de los organismos competentes, una estrecha vigilancia para que se actúe del modo especificado.

- Registro: 192080, Tesis: P./J. 38/2000

La interpretación histórica, armónica y lógica del artículo 129 constitucional, autoriza considerar que las fuerzas armadas pueden actuar en auxilio de las autoridades civiles, cuando éstas soliciten el apoyo de la fuerza con la que disponen. (...) Además, la fracción VI del artículo 89 constitucional faculta al presidente de la República a disponer de dichas fuerzas para la seguridad interior. Por estas razones, no es indispensable la declaratoria de suspensión de garantías individuales, prevista para situaciones extremas en el artículo 29 constitucional, para que el Ejército, Armada y Fuerza Aérea intervengan, (...)

- Registro: 192079, Tesis: P./J. 39/2000

La interpretación gramatical y causal teleológica de la adición del artículo 21 constitucional, (...), lleva a la conclusión de que el precepto no excluye a ninguna autoridad que, de acuerdo con sus atribuciones, tenga alguna relación con ella (...) El Consejo Nacional de Seguridad Pública es una instancia consultiva que no usurpa facultades constitucionales, ni legales, de ninguna autoridad; por ello, no existe razón para considerar como violatoria del numeral 21 de la Ley Fundamental, (...) la participación de los secretarios de la Defensa Nacional y de Marina en el Consejo Nacional de Seguridad Pública, como lo ordenan las fracciones III y IV del artículo 12 de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, (...) señalan, dentro de sus atribuciones, numerosas funciones relacionadas con la seguridad pública, (...)

ANEXO 2

Declaración de Normas Humanitarias Mínimas, Turku

(...)

Observando que el derecho internacional relativo a los derechos humanos y las normas humanitarias aplicable en los conflictos armados no protege adecuadamente a los seres humanos en caso de violencia interna, conflictos étnicos, religiosos y nacionales, disturbios, tensiones y en situaciones excepcionales;

Confirmando que cualquier suspensión de las obligaciones relativas a los derechos humanos durante un estado de excepción debe ceñirse estrictamente a los límites previstos en el derecho internacional, que algunos derechos no se pueden suspender nunca y que el derecho humanitario no admite suspensiones en razón de una situación excepcional;

Confirmando además que las medidas por las que se suspenden esas obligaciones deben adoptarse respetando estrictamente los requisitos de procedimiento

establecidos en esos instrumentos, que la imposición de un estado de excepción se debe proclamar oficialmente, en forma pública, y de conformidad con las disposiciones establecidas por la ley, que las medidas por las que se suspenden esas obligaciones deberán limitarse estrictamente a las exigencias de la situación y que esas medidas no deben ser discriminatorias por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, u origen social, nacional o étnico;

Reconociendo que en los casos no incluidos en los instrumentos de derechos humanos y de derecho humanitario, todas las personas y grupos siguen estando protegidos por los principios de derecho internacional dimanantes de las costumbres establecidas, de los principios de humanidad y de los que dicta la conciencia.

(...)

Artículo 1

1. En la presente Declaración se afirman normas humanitarias mínimas aplicables en todas las situaciones, incluidos los casos de violencia interna, los conflictos étnicos, religiosos y nacionales, los disturbios, las tensiones y en las situaciones excepcionales, y que no se podrán suspender en ninguna circunstancia. *Estas normas deberán respetarse independientemente de que se haya declarado o no un estado de excepción.*

(...)

Artículo 3

1. Todo individuo tendrá derecho a ser reconocido en todas partes como persona ante la ley. Todas las personas, aunque su libertad haya sido restringida, tienen derecho al respeto de su persona, su honor y sus convicciones,(...)

2. Se prohíben los siguientes actos:

(...)

2. Los castigos colectivos contra las personas y sus bienes

(...)

5. El saqueo

6. La privación deliberada de acceso a los alimentos, el agua potable y los medicamentos que sean necesarios;

7. Las amenazas o la incitación a cometer cualquiera de los mencionados actos.

(...)

Artículo 4

1. Toda persona privada de libertad será reclusa en lugares de detención reconocidos. Se dará cuenta (...) de su paradero, incluidos los traslados. (...)

Artículo 5

1. Estarán prohibidos en todas circunstancias los ataques contra las personas que no participen en actos de violencia.

2. Cuando el uso de la fuerza sea inevitable, será en proporción a la gravedad de la situación o del objetivo que deba lograrse.

(...)

ANEXO 3

Recomendación 77/2009 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos

El 27 de enero de 2009, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos recibió la queja de Q1, en la cual hizo valer presuntas violaciones a los derechos humanos

de V1. Refirió que el 22 de enero de 2009, V1 fue detenido por elementos militares, ignorando inicialmente su paradero; posteriormente le informaron en las oficinas de la Procuraduría General de la República PGR ubicadas en Tijuana, Baja California, que dichos elementos militares llevaron a su familiar a esas instalaciones de la PGR, aclarando que esto ocurrió un día después de su detención, por lo que considera que estuvo privado de su libertad, probablemente en el cuartel militar de esa región.

Manifestó también que en las instalaciones de la PGR en Tijuana, no le permitieron comunicarse con V1, sino hasta el domingo 25 de enero de 2009, y que al verlo, éste llorando le dijo que lo habían golpeado en el cuartel militar desmayándolo en tres ocasiones; ese mismo día 25 de enero a las 23:00 horas V1 fue trasladado a la Ciudad de México, por lo que en ese momento V1 solicitó la intervención de la CNDH.

Posteriormente, el 9 de febrero de 2009, visitadores de la CNDH se trasladaron al Centro de Investigaciones Federales (CIF) de la PGR, a entrevistarse con V1 y certificar su integridad, señaló que el 22 de enero de 2009, como a las 10:30 horas, al ir caminando por una calle en la ciudad de Tijuana, Baja California, fue detenido por elementos del Ejército Mexicano que iban a bordo de tres camionetas, que lo subieron a una de ellas vendándole los ojos y lo golpearon en diversas partes del cuerpo, trasladándolo al cuartel conocido como "Aguaje de la Tuna", ubicado en esa ciudad; estando en ese lugar lo echaron a un colchón amarrándolo, y momentos después lo interrogaron preguntándole sobre personas que conforme a los nombres y apodos que le dijeron, no reconoció, ni sabía de quienes se trataba.

Manifestó también, que al no contestar a dichos elementos militares lo que ellos querían escuchar, le pusieron un trapo y una bolsa en la cabeza a efecto de asfixiarlo, y presionarlo para que, según ellos, les diera algún tipo de información sobre las citadas personas. V1 refiere que al menos en seis ocasiones, lo trataron de asfixiar y en tres de éstas quedó inconsciente ante lo cual, los elementos militares lo reanimaban echándole agua en la cara y en cuerpo, así como propinándole

golpes (puñetazos) en la cara, y después de estos, lo pararon, le bajaron los pantalones y el calzón al tiempo que le decían: "... ahora si pinche puto", y una vez con su ropa abajo, le inclinaron el torso y la cintura hacia adelante y le pusieron un objeto en sus glúteos, y que a partir de ese momento, aproximadamente cada dos horas, los militares cambiaban de turno golpeándolo sistemáticamente hasta las 17:00 horas del día siguiente.

Finalmente señaló que, durante el tiempo que estuvo en el cuartel militar, no le dieron alimentos, sino únicamente agua de la llave, y que a las 17:00 horas del segundo día lo subieron descalzo y vendado a un vehículo para trasladarlo a las oficinas de la PGR, en Tijuana, Baja California, donde se enteró que lo vinculan con la delincuencia organizada.

Y se hacen las siguientes consideraciones:

Con base en las evidencias descritas, como son los certificados médicos, el contenido de las declaraciones, ministerial rendida el 25 de enero de 2009 dentro de la averiguación previa AP/PGR/BC/TIJ/198/09/M-II, y preparatoria vertida en la causa penal 64/2009-A el 10 de marzo del mismo año, así como del contenido de la opinión técnica emitida por la Coordinación de Servicios Periciales el 14 de septiembre de 2009, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos considera que las lesiones que le infligieron a V1 elementos de la Secretaría de la Defensa Nacional, con objeto de que proporcionara información sobre ciertas personas y hechos, son actos de Tortura.

La tortura acreditada en este asunto por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, constituye una violación grave a los derechos humanos de V1 referida como tal, por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos [...] ²²

La CNDH emitió las siguientes recomendaciones específicas al Secretario de la Defensa Nacional:

²² Recomendación 77/2009 CNDH, página 15.

PRIMERA. Se giren instrucciones a quien corresponda, a efecto de que se proceda a la reparación del daño de V1, en términos de lo que establece el artículo 20, apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los preceptos reconocidos en la Declaración Sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder, como consecuencia de la responsabilidad institucional en que incurrieron elementos del Ejército Mexicano con base en las consideraciones planteadas en el cuerpo de la presente recomendación.

SEGUNDA. Se sirva girar instrucciones a quienes correspondan, a efecto de que la Secretaría de la Defensa Nacional a su cargo, diseñe un Programa Integral de Capacitación y Formación en Materia de Derechos Humanos, dirigido a los mandos medios, superiores y oficiales de las Fuerzas Armadas de esa Secretaría, y se les imparta dicho Programa, buscando con ello que la formación que reciban ayude a que el servicio público que desempeñan, se ajuste al marco de legalidad y las sanas prácticas administrativas que deben de observar en el ejercicio de sus funciones y se eviten así, actos como los que dieron origen al presente pronunciamiento buscando en la medida de lo posible su no repetición.

TERCERA. Se giren instrucciones a quienes correspondan para que se instruya al personal de las Fuerzas Armadas que participa en operativos o detenciones, a que en términos de los que establece el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, usen la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario, en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas, absteniéndose de cometer actos de tortura u otros tratos o penas crueles inhumanas o degradantes en la personas que detengan con motivo de dichos operativos.

CUARTA. Gire sus instrucciones a quien corresponda para que se instruya a la Unidad de Inspección y Contraloría General del Ejército y Fuerza Aérea Mexicana, a colaborar ampliamente con la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en el inicio y trámite de la queja que la CNDH instaure en contra del personal militar que intervino en los hechos que se consignan en este caso, incluido el Mayor Médico Militar.

QUINTA. Gire sus instrucciones a quien corresponda, para que la Dirección General de Derechos Humanos de esa Secretaría de la Defensa Nacional,

colabore ampliamente con la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en la presentación de la denuncia de hechos ante la Procuraduría General de Justicia Militar y la Procuraduría General de la República respectivamente, a fin de que en el ámbito de sus competencias, inicien la averiguación previa que en derecho corresponda, en contra del personal militar que intervino en los hechos narrados en el cuerpo de este pronunciamiento.²³

²³ Recomendación 77/2009 CNDH. pp.18 y 19.



*Derecho a la salud:
obligaciones del Estado,
atención médica básica
y trasplantes*

IRENE CÓRDOVA JIMÉNEZ*

* Directora Jurídica del Gobierno de Jalisco.

I. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Para la intención de realizar este ejercicio de análisis de la sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relacionada con la donación de órganos en vida y el derecho a la salud se enlistarán, en este apartado, solamente y de manera puntual aquellos instrumentos internacionales relacionados con el Derecho a la Salud (los primeros cuatro) y uno más, derivado en específico del tema donación y trasplante de órganos y tejidos de seres humanos.

Por supuesto la salud es *ítem* en materia de Derechos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas así se posicionó al respecto y redactó en el artículo 25 que:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios;

tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

En enero de 1976 entra en vigor el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Puede leerse en su artículo 12 que los Estados reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. También instruyen a los Estados a adoptar cuatro medidas para asegurar la efectividad del derecho a la salud, estas medidas son:

- a) La reducción de la natalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

En el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se establece una difícil tarea para las instituciones jurídicas y políticas. La felicidad como consecuencia del progreso espiritual y material solo será realidad si se protegen los derechos esenciales del hombre y se establecen determinadas circunstancias para dicho progreso. Esta Declaración aprobada en Bogotá, Colombia en 1948 rescata también el derecho a la Salud con ciertas acotaciones definidas en el artículo XI: *Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.*

Adoptado en San Salvador en 1988, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como *Protocolo de San Salvador*, hace

mayores precisiones sobre el derecho a la salud y la seguridad social, derechos íntimamente relacionados. Ambos derechos se leen en los siguientes artículos:

Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.
2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

Artículo 10. Derecho a la Salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
 - a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
 - b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
 - c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
 - d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
 - e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
 - f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerable.

México, como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificó y depositó el protocolo ocho años después en 1996.

Por último pero no menos importante, el Comercio de Órganos motivó desde 1987 una preocupación de la Asamblea Mundial de la Salud. Derivada de esta inquietud, en 1991 se emite la resolución WHA44.25 en la que se aprueban los Principios Rectores sobre Trasplante de Órganos Humanos. Estos principios rectores se emitieron con la finalidad de proporcionar *un marco ordenado, ético y aceptable para la adquisición y trasplante de células, tejidos y órganos humanos con fines terapéuticos*. A raíz de estos principios, diversos Estados modificaron sus normas nacionales para reflejar las recomendaciones de dicha resolución. Los principios se adecuaron en el año 2008 y recientemente en el año 2010. Destacan a propósito del tema de reflexión los principios rectores 3, 5 y 7 que dicen:

Principio rector 3

Las donaciones de personas fallecidas deberán desarrollarse hasta alcanzar su máximo potencial terapéutico, pero los adultos vivos podrán donar órganos de conformidad con la reglamentación nacional. En general, los donantes vivos deberán estar relacionados genética, legal o emocionalmente con los receptores.

La donación de personas vivas es aceptable si se obtiene el consentimiento informado y voluntario del donante, se le garantiza la atención profesional, el seguimiento se organiza debidamente y se aplican y supervisan escrupulosamente los criterios de selección de los donantes. Los donantes vivos deberán ser informados de los riesgos, beneficios y consecuencias probables de la donación de una manera completa y comprensible; deberán ser legalmente competentes y capaces de sopesar la información y actuar voluntariamente, y deberán estar libres de toda coacción o influencia indebida.

Principio rector 5

Las células, tejidos y órganos deberán ser objeto de donación a título exclusivamente gratuito, sin ningún pago monetario u otra recompensa de valor monetario. Deberá prohibirse la compra, o la oferta de compra, de células, tejidos u órganos para fines de trasplante, así como su venta por personas vivas o por los allegados de personas fallecidas.

La prohibición de vender o comprar células, tejidos y órganos no impide reembolsar los gastos razonables y verificables en que pudiera incurrir el donante, tales como la pérdida de ingresos o el pago de los costos de obtención,

procesamiento, conservación y suministro de células, tejidos u órganos para trasplante.

Principio rector 7

Los médicos y demás profesionales de la salud no deberán participar en procedimientos de trasplante, ni los aseguradores sanitarios u otras entidades pagadoras deberán cubrir esos procedimientos, si las células, tejidos u órganos en cuestión se han obtenido mediante explotación o coacción del donante o del familiar más cercano de un donante fallecido, o bien si éstos han recibido una remuneración.

A finales de 2003 se han emitido otros instrumentos internacionales importantes, que sirven de soporte para la implementación de normas nacionales en materia de trasplantes, la mayoría de dichos instrumentos provocados por la creciente preocupación que sobre el comercio de órganos de seres humanos existe. Por el momento no se traen a colación debido a que la sentencia en análisis se emitió en el año 2003.

II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE MEXICANA

1. Antecedentes y hechos

José Roberto Lamas Arellano solicitó el 5 de octubre de 2002, amparo y protección de la Justicia Federal pues consideró que se violaron en su perjuicio las garantías dispuestas en los artículos 4o. y 5o. de la Carta Magna al negarle el Instituto Mexicano del Seguro Social, un procedimiento quirúrgico para la donación de un riñón de un persona viva sin parentesco con él y, como consecuencia, negarle el trasplante. La solicitud de amparo llegó a los Juzgados de Distrito en materia Administrativa en Guadalajara, Jalisco. El acto de autoridad reclamado fue la entrada en vigor y aplicación del Decreto que modificó la Ley General de Salud en mayo de 2000. Señaló como autoridades responsables al H. Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, al Titular del Poder Ejecutivo de la Nación, a través del Procurador General de la República, a la Secretaría de Salud Federal y al Instituto Mexicano del Seguro Social.

De acuerdo con los antecedentes mencionados por el quejoso, el día 8 de septiembre de 2000 y de manera verbal le fue negado el trasplante por los responsables del servicio de trasplantes del Hospital Centro Médico Nacional de Occidente del Instituto Mexicano del Seguro Social *IMSS*, bajo el argumento de que las nuevas reformas de la Ley General de Salud impedían la donación entre personas vivas no emparentadas. En efecto el artículo 333 vigente en septiembre de 2000 decía:

Para realizar trasplantes entre vivos, deberán cumplirse los siguientes requisitos respecto del donante:

I. a V. (...)

VI. Tener parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil o ser cónyuge, concubina o concubinario del receptor. Cuando se trate del trasplante de médula ósea no será necesario este requisito.

Adicionalmente precisó que su donante (a quien presentó como tercera perjudicada) había otorgado su consentimiento para donarle uno de sus riñones de manera altruista, libre, responsable, consciente, gratuita.

Entre los argumentos principales del quejoso se cuentan los siguientes:

- La aplicación de la norma mencionada podría causar la muerte de un ciudadano enfermo por falta de auxilio y como consecuencia se violaría el derecho a la salud y a la vida.
- La falta de firma del Secretario de Salud Federal en el decreto promulgado para dar vigencia a la reforma de la Ley General de Salud del 2000 representaba una omisión de forma, situación que afectaba a su validez y aplicación.
- La interpretación a *contrario sensu* del artículo 5o. constitucional para pedir al Estado el reconocimiento del contrato celebrado con su donante para conceder el riñón en vida.

Este asunto siguió la suerte relatada a continuación:

En octubre de 2000, el Juez Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Jalisco, admitió la demanda de amparo y la registró con el número

936/2000-1. En marzo de 2001 celebró la audiencia constitucional y sobreseyó el juicio de garantías. El quejoso interpuso recurso de revisión, recayendo en turno al Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito mismo que en agosto de 2001 revocó la sentencia recurrida y ordenó reponer el procedimiento en el juicio de garantías. Dada la instrucción el Juez Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Jalisco, se dejó insubsistente la sentencia recurrida y éste ordenó reponer el procedimiento para que se emplazara a la autoridad señalada como responsable. Transcurrido el procedimiento en diciembre de 2001 el Juez dictó nuevamente el sobreseimiento del juicio de garantías. Las principales consideraciones del Juez se expresan de manera sintética en los siguientes puntos:

- En relación con la falta de formalidad de la promulgación de la ley se precisó que los fundamentos legales a los que se acudió para su afirmación ya habían sido abrogados y adicionalmente y con base en la jurisprudencia se precisó que los conceptos de violación eran inoperantes si no atacan los fundamentos del fallo reclamado.
- En cuanto a la violación de las garantías expresadas en el 4o. y 5o. constitucional el Juez expresó un razonamiento inverso al del quejoso ya que consideró que derivado de la revisión de los antecedentes de la reforma del 2000 a la Ley General de Salud (en adelante la Ley), se percibía que la intención del legislador fue precisamente la protección del donante y el control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos y que el artículo 333 de la Ley solamente establecía requisitos para el trasplante entre vivos por lo que su aplicación no puede causar la muerte de los pacientes.
- Por último afirmó que de acuerdo con el informe de los funcionarios adscritos a la Delegación del IMSS el quejoso se encontraba bajo control médico en el hospital de especialidades y que se le registró en la lista de espera de donador por muerte cerebral por lo que consideró que no hubo negativa a su atención médica en su perjuicio, ni al trasplante mismo.

Después de la sentencia, el quejoso interpuso recurso de revisión en contra del fallo emitido por el Juez Tercero de Distrito en diciembre de 2001, pero en marzo de 2002 el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer

Circuito se declaró incompetente para conocer del recurso interpuesto en razón de tocar el tema de la constitucionalidad de leyes. En abril de 2002 el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación admitió el recurso. En mayo se turnó al Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo radicándose en la Primera Sala, sin embargo, en octubre se devolvieron los autos al Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito para el estudio sobre las cuestiones que inciden con el sobreseimiento pero reservó jurisdicción al Supremo Tribunal en cuanto al asunto de la constitucionalidad.

En diciembre de 2002 el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito confirmó el sobreseimiento respecto de los actos atribuidos a los Secretarios de Salud Estatal y Federal, confirmando los argumentos vertidos en los sobreseimientos anteriores, excepto en lo conducente a la constitucionalidad del artículo 333 de la Ley, reservando para ello jurisdicción al Supremo Tribunal de Justicia.

El Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) asumió su competencia en enero de 2003, de tal suerte se ordenó el registro del caso con el número de toca 115/2003, y ordenó dar vista al Ministerio Público de la Federación quien formuló pedimento para desechar el recurso de revisión y confirmar la sentencia recurrida. Sin embargo, en enero de 2003 se turnó el expediente al Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano para la formulación del proyecto de sentencia. En marzo la Segunda Sala de la SCJN por unanimidad acordó remitir el asunto al Pleno.

2. Consideraciones esenciales

Por supuesto el Pleno de la SCJN se declaró competente para la resolución del asunto. Subsanó, por decirlo de alguna forma, las deficiencias en el planteamiento del acto reclamado. Finalmente interpretó que el quejoso consideraba que la fracción VI del artículo 333 de la Ley General de Salud, contravenía lo dispuesto en el artículo 4o. de la Constitución en su perjuicio y que vulneraba y restringía su derecho a la salud y a la vida.

Un particular razonamiento expresado por la Corte llama la atención, mismo que se transcribe a continuación:

El artículo 4o. constitucional, en el aspecto que se viene examinando, ha sido reconocido como una *norma programática*, pues establece las directrices que deben acogerse por el legislativo al momento de reglamentar su contenido, así como los lineamientos que deben inspirar los programas de gobierno. De esta suerte, *el derecho subjetivo que proclama la declaración de que "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud", está subordinado*, en cuanto a su goce y ejercicio, a la *regulación secundaria*, así como a las condiciones económicas y sociales que permitan su efectividad práctica.

El legislador secundario, al dar cumplimiento a esa obligación-facultad que le encomienda el artículo 4 constitucional, además de tomar en cuenta las directrices que este precepto establece, *debe tener en consideración otras disposiciones* de la propia Constitución Federal que encuentran vinculación con el *derecho a la protección de la salud, por establecer principios relacionados con la vida y dignidad humanas*, que aquél debe proteger al reglamentar ese derecho subjetivo público.¹

A la consideración anterior le continuó la de que el legislador no debe soslayar, al normar sobre el derecho a la *protección de la salud*, otros principios o derechos consignados en la Constitución como lo son la igualdad y la protección a la vida y a la dignidad humana. De esta forma se afirmó en el Pleno que *el derecho a la protección a la salud está vinculado al reconocimiento que el artículo 1 de la Carta Magna hace a la dignidad humana* pues para que esto sea posible se requiere del apoyo de las instituciones, médicos y psicólogos para mejorar o recuperar la salud. Ésta es la condición del ser humano en la que se puede hablar de calidad de vida.

Se trajeron a colación argumentos relacionados con tesis de la corte relativas a disposiciones normativas inequitativas por razón de género o por razón de procedimientos terapéuticos o medicamentos novedosos como son la Tesis: P. LIX/99 y la Tesis: P. XIX/2000.

¹ Las cursivas son del autor.

Otro punto de análisis se centró en el contenido de los primeros diez artículos de la Ley y la conclusión de que ésta reconoce el derecho a la salud y a la vida incorporando los conceptos de "bienestar físico y mental del hombre" y el de "prolongación y mejoramiento de la calidad de vida".

Atinadamente el Pleno recurre a la exposición que motivó la reforma de la Ley en el 2000 y destaca el siguiente texto, que para los fines de la conclusión, parece fundamental:

La salud constituye una de las responsabilidades mayores del Estado. En tanto permite el acceso al bienestar y propicia la equidad como elemento central de la justicia social. En este sentido la presente administración federal diseñó una estrategia que permitiera otorgar servicios básicos de protección de la salud a mas amplios sectores de la colaboración (sic) y de manera particular aquellos grupos vulnerables fuera por sus condiciones de pobreza lejanía o migración.

También, al escarbar en la exposición de motivos se encuentran con las razones del legislador para limitar la donación entre personas vivas a solamente aquellas que cuenten con un vínculo de parentesco: evitar el comercio de órganos. Finalmente en búsqueda de más elementos, las deliberaciones legislativas que condujeron a la reforma de la Ley, sirvieron de sustento para el razonamiento judicial. De estas deliberaciones se rescatan a modo de resumen las siguientes ideas:

- La propuesta de reforma reforzaba el ideal de protección a la salud de todos los mexicanos;
- Los trasplantes y en particular la donación de órganos tienen íntima relación con determinados valores sociales como son el altruismo, la solidaridad, la gratuidad y el humanismo;
- La reflexión de que la vida de un gran número de pacientes depende de un trasplante y que de no favorecer una política nacional para el desarrollo de programas de trasplantes sería tanto como condenar a una persona a muerte;
- Los trasplantes son una terapéutica eficaz (y única) ante los problemas de salud relacionados con padecimiento crónico-degenerativos; y

- La propuesta del ejecutivo también se centró en el fomento a la cultura de la donación y el fortalecimiento del control sanitario poniendo énfasis en que la donación debe realizarse con apego a la legalidad, honradez, imparcialidad y eficiencia.

Adicionalmente toma a estudio el contenido del título décimocuarto de la Ley para enlistar dieciséis puntos, al parecer, en el ánimo de acotar sobre las posibilidades o imposibilidades que señala la ley para el comercio de órganos o la protección de los donantes. Al entender del Pleno estos diecisiete preceptos legales acotan la posibilidad de actos ilegales relacionados con donación de órganos. De ahí que gran parte de su conclusión final se base en que el requisito establecido en el artículo 333 de la Ley no es *indispensable* para evitar el comercio de órganos, porque además el altruismo y la solidaridad no son valores exclusivos a expresarse entre personas emparentadas o unidas por el vínculo matrimonial o el concubinato.

Todo el razonamiento anterior llevó a la Corte a considerar que el requisito establecido en la fracción VI del artículo 333 de la Ley General de Salud contra-venía lo dispuesto en el artículo 4o. Constitucional ya que *priva a la población en general de un medio tendiente a prolongar la vida* y mejorar la calidad de ésta, además que dicho precepto *afecta el interés general de la población, pues si bien en principio lesiona a los posibles receptores, lo cierto es que implica una limitación al derecho a la vida y al derecho a la salud*. De tal suerte se concedió el amparo en razón de la inconstitucionalidad del precepto y además se extendió la suspensión.

3. Conclusiones de la Corte

Entre lo que vale la pena destacar es que el amparo no fue concedido por unanimidad, se aprobó por mayoría con siete votos en contra, entre los que figuraba el ponente original, el Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, quien al final solicitó formular voto particular pues su proyecto original disentía del aprobado, a esta petición se sumaron tres Ministros quienes manifestaron su postura a favor del proyecto original del Ministro Aguirre.²

² Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 8 de abril de 2003 en <http://www.scjn.gob.mx/SiteCollectionDocuments/PortalSCJN/ActividadJur/Pleno/VerEstenograficas/2003/Abril/PL030408.pdf>, consultada el día 9 de septiembre de 2010.

A la distancia en el tiempo, parece acertada esta postura del Ministro Aguirre pues permite conocer los argumentos contrarios a la idea de la inconstitucionalidad del artículo 333, fracción VI. Particularmente para este trabajo de análisis frente a los estándares internacionales que se abordará adelante. Así vale la pena destacar sus argumentos puntualizados a continuación:

- En el artículo 4o. de la Constitución no se garantiza el derecho a la salud sino a la protección de la misma ya que la salud no puede ser garantizada por el Estado para todos los gobernados. Que la protección a la salud o el acceso a los servicios relativos no son absolutos en tanto que el legislador permitió que las bases para el acceso a estos se determinen en normas secundarias;
- También debe ser compromiso del legislador salvaguardar los intereses de terceros y el de la sociedad misma;
- El Estado debe proporcionar los medios (técnicos) y servicios (instituciones) necesarios para la protección de la salud y la atención médica de la *sociedad en su conjunto*;
- Con un argumento prestado del Código Civil Italiano, el voto opositor sostiene que la norma no está dirigida solamente al posible receptor de órganos sino a impedir la indebida disposición del cuerpo humano, tanto porque la donación del órgano puede representar una disminución física al donante como a la posibilidad de disponer de ellos contra la ley;
- Desde la perspectiva de los Ministros el derecho a la protección de la salud es para todos, por lo que en materia de trasplantes no se debe permitir la *donación indiscriminada* pues pone en riesgo principalmente a grupos vulnerables. En razón de este argumento no debe considerarse un precepto prohibitivo el contenido de la fracción VI del artículo 333 de la Ley pues es solamente una condición para proteger a los miembros de la sociedad de un acto de mutilación;
- En este voto de oposición se reflexiona sobre la consecuencia social del desarrollo de la medicina y de los trasplantes, y de su repercusión en lo económico y social por lo que resulta imperante establecer un marco

jurídico de protección a los interesados pero particularmente a grupos vulnerables;

- Los dos párrafos que se transcriben a continuación parecen ser la esencia argumentativa:

Es decir, la escasez de órganos disponibles origina la búsqueda incansable, humanamente justificable, de éstos, búsqueda que, en ocasiones, parece dejar a un lado varios de los principios éticos que deben respetarse en todo acto humano. El problema se complica si pensamos que la sociedad contemporánea ha convertido prácticamente todos los bienes en una mercancía, con lo cual, la posibilidad de intentar obtener un órgano a través de su compra se convierte en un hecho que el legislador no puede desconocer.

Esta situación, inscrita en el ámbito social, puede agravarse en aquellos países o sociedades, como la nuestra, en las cuales existe una notoria desigualdad económica, social y cultural entre sus integrantes, en la medida en la que existirá una parte de la población vulnerable, tanto económica como culturalmente (pobreza extrema, indígenas, menores, etcétera), que bien pudiera llegar a considerar como una opción para su supervivencia la de comercializar sus órganos.³

Pero regresando a las conclusiones de la sentencia, el Pleno determinó por mayoría que el precepto contenido en el artículo 333 de la Ley General de Salud, fracción VI, en tanto limitaba a los pacientes para acceder a un trasplante cuando no existía la posibilidad de que un familiar o cónyuges o concubinos donaran el órgano, ponía en desventaja a la *población en general* y dado que la ley ya contemplaba otros mecanismos para blindar contra un posible comercio de órganos no resultaba *indispensable* la prohibición de la donación en vida entre personas no relacionadas por parentesco, pues además el legislador no debió dudar que existen personas con ánimo altruista y solidario pese a no existir el vínculo de parentesco entre donante y receptor. Por esto se revocó la sentencia combatida y se concedió el amparo a José Roberto Lamas Arellano contra los actos de las autoridades señaladas como responsables. (Ver Anexo 1. Tesis P. IX/2003)

³ Las cursivas son del autor.

III. ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD ENTRE LA SENTENCIA MEXICANA Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y CONCLUSIONES DEL ANALISTA

Los trasplantes de órganos son una terapéutica moderna de alta tecnología, el insumo principal para el logro de estos son partes anatómicas humanas, lo que además de representar una maravilla de la medicina moderna, también lo hace un procedimiento de alto contenido humano (con todo lo que ello representa) y de abordaje complejo. Los trasplantes se producen, entonces, a partir de la interrelación de componentes de un triángulo muy particular: el enfermo, la infraestructura médica y el donante.

Un paciente en una situación de salud disminuida al grado de no poder valerse por sí mismo que lleva a una situación particular de dinámica familiar difícil, además de problemas laborales y, como consecuencia, de complicaciones financieras. Para realizar el trasplante es necesario un despliegue de recursos: humanos altamente calificados, materiales de alta tecnología, estructura normativa específica –ética y legal– y sobre todo financieros, los trasplantes son una terapéutica costosa. Por último y muy importante, un ser humano capaz de conceder a otro un bien propio *sui generis*, un órgano, mismo que en un donante vivo representa una mutilación y en un donante fallecido representa una decisión familiar en un momento trágico y doloroso, una decisión que independientemente del lugar donde se haga también traerá repercusiones familiares, laborales y financieras. Éste es el triángulo a partir del cual se pueden desarrollar múltiples ecuaciones que inciden en circunstancias que trastocan los derechos a la salud, de igualdad, de justicia, de reconocimiento a la dignidad humana.

La ecuación en este caso se refiere a un hombre, mayor de edad, derechohabiente del Instituto Mexicano del Seguro Social, con insuficiencia renal crónica y rechazo agudo de un riñón trasplantado previamente de un donante vivo, cuya alternativa más inmediata es otro trasplante derivado de una donación de una persona viva con la cual no le une un vínculo familiar o matrimonial o de concubinato. La vigencia de una reforma a la Ley General de Salud, de pronto se interpone a la

posibilidad de concretar esa donación, una reforma que se generó apenas cuatro meses antes de su solicitud de ser trasplantado y por tanto una institución de salud, que aunque continuó otorgando el servicio sanitario al paciente no pudo aceptar la propuesta de candidato a donador. De tal suerte su única alternativa sería el trasplante de donante fallecido.

En nuestro país el drama de los trasplantes es más notorio debido a que confluyen un gran número de situaciones sociales que complican el acceso equitativo a estos programas de trasplantes. Especialmente en el año 2000 (año en que se generó el conflicto) la situación en el Estado de Jalisco respecto de los trasplantes puede resumirse con los siguientes datos: la lista de espera de pacientes para trasplantes ascendía a 830 de los cuales 262 esperaban un riñón de un donante fallecido, se hacían 248 trasplantes de riñón con donantes vivos y apenas 67 trasplantes de riñón de donantes fallecidos al año. El IMSS era y sigue siendo la institución que más trasplantes hacía en todo el Estado de Jalisco, sin embargo, muy pocos de ellos eran de donantes fallecidos; en el 2000 apenas lograba 15 donantes fallecidos y no de todos se obtenían riñones. Los 248 trasplantes con donantes vivos no generaban disminuciones en la lista de espera pues solamente se inscribía a los pacientes que no contarán con un posible candidato a donante vivo. En 11 años el Centro Médico Nacional de Occidente del IMSS ha realizado 240 trasplantes renales con donantes fallecidos pero también ha incrementado su registro de pacientes en espera de la terapéutica a 1413 en el periodo que va de mediados de 1999 a junio 2010.⁴ La ley de probabilidades no da muchas esperanzas a los pacientes renales, y en el año 2000 ciertamente las posibilidades del Sr. José Roberto Lamas eran mínimas.

De acuerdo con el Programa Nacional de Desarrollo 2007-2012, en el año 2005 el 18 % de la población vivía en situación de pobreza alimentaria, 34% en pobreza de capacidades y el 47% en pobreza patrimonial. Éste dato sólo para mencionar que México es un país con serios problemas de pobreza, el dato más preocupante en cuanto a este tema es el de la pobreza de capacidades pues se refiere

⁴ Fuente: Consejo Estatal de Trasplantes de Órganos y Tejidos del Estado de Jalisco. Informe de Resultados: diez años de trabajo 1999-2009 julio de 2009 y su portal <http://www.jalisco.gob.mx/wps/portal/cetod/Estadísticas>.

a la población que si bien puede cubrir sus necesidades mínimas de alimentación, cuenta con un ingreso per cápita insuficiente como para realizar las inversiones mínimamente aceptables en la educación y la salud de cada uno de los miembros del hogar.⁵ Adicionalmente el dato de personas con acceso a servicios de salud bajo el esquema de derechohabencia es bajo, por tanto preocupante y coincidente con el porcentaje de pobreza. El Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática *INEGI*, reporta que en el año 2005 apenas el 46.9 % de la población contaba con algún esquema de derechohabencia, de esta cifra, el 66.2% correspondía al IMSS.⁶ Esta situación aporta demasiados elementos para acrecentar la brecha de oportunidades en la población generando desigualdades importantes.

Regresando al tema de los trasplantes. De acuerdo con datos contenidos en la Resolución CD49.R18 denominada *Marco de Política para la Donación y el Trasplante de Órganos Humanos*, suscrita en Washington, D.C., EUA, en octubre de 2009, en América Latina se hicieron 20,800 trasplantes renales en los años noventa, esto era equivalente al 8.9% del total mundial. En el 2007 el número llegó a 8,200 trasplantes renales esto es más del 12.5% del total de trasplantes del mundo. Este avance además se vio representado por los esfuerzos que hicieron los países latinoamericanos, como resultado de la formulación de políticas más eficientes para las donaciones, pues del total de trasplantes renales el 56% se hicieron con riñones de donantes fallecidos y el 44% restante con donantes vivos. En contraste en México la situación difiere de esa visión tan optimista reportada por la Organización Panamericana de la Salud. En noviembre de 2009 la Subsecretaría de Innovación y Calidad de la Secretaría de Salud Federal presentó un documento sobre la situación que priva recientemente en cuanto a la Insuficiencia Renal Crónica. Este documento presenta una estimación del problema calculando que en la actualidad el 7% de la población (7'528,549 personas) presenta algún grado de Enfermedad Renal Crónica (este padecimiento se divide en 5 etapas de las cuales las dos últimas se les identifica como Insuficiencia Renal Crónica e Insuficiencia Renal

⁵ Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 en http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/pdf/Eje3_Igualdad_de_Oportunidades/3_1_Superacion_de_la_Pobreza.pdf págs. 145 y 146.

⁶ Tomada de la tabla "Porcentaje de población derechohabiente y su distribución según institución para cada entidad federativa, 2000 y 2005" de INEGI en XII Censo General de Población y Vivienda 2000 y II Censo de Población y Vivienda 2005.

Crónica Terminal). De acuerdo con dicha estimación 301,242 personas se encuentran en las etapas 4 y 5 los cuales probablemente sean candidatos a un trasplante. También se calcula que para el año 2010, 80 mil pacientes habrán perdido la vida a causa de este mal.⁷ De acuerdo con datos del Sistema del Registro Nacional de Trasplantes de nuestro país solamente se han registrado 6189 personas para un trasplante renal de donante fallecido. En el 2009 se realizaron 1805 trasplantes renales de donantes vivos contra 409⁸ de donantes fallecidos, el porcentaje de trasplantes de este tipo con órganos de donantes fallecidos es apenas de 18.5% contra el 81.5% de donantes vivos, muy lejos del promedio en América Latina, pero sobre todo muy lejos de la necesidad nacional. Lo anterior quiere decir que en nuestro país se tiene registrado apenas el 2% de los posibles candidatos a un trasplante renal y que apenas se trasplanta al 0.78% de los pacientes que lo requieren. Todos los datos anteriores son para comentar que aún son muy débiles las acciones de obtención de órganos de donantes fallecidos en el país y que se privilegia el trasplante con órganos de donantes vivos, lo que representa una disminución de posibilidades para los enfermos de acceder a un trasplante.

La mayor cantidad de los trasplantes se realizan en los grandes hospitales de las instituciones públicas de salud, principalmente en el IMSS los cuales deben asumir y distribuir lo más equitativamente posible los recursos para la cirugía (que implica el costo del estudio del donante, la extracción del órgano y el trasplante) así como de la necesaria e indispensable terapia de inmunosupresión (medicamento que debe tomar el paciente trasplantado de por vida). Cuando se mencionó con anterioridad el "triángulo de los trasplantes" y las ecuaciones posibles, también se contempló la situación relativa a los costos. La escasez de recursos afecta a la detección temprana, en primer término, y después al tratamiento de sustitución (diálisis o hemodiálisis), con mayor razón a la posibilidad de derivar a los pacientes que se encuentran en las etapas 4 y 5 y en las mejores condiciones para el trasplante. Adicionalmente es escaso el recurso para la terapia de inmunosupresión y esto en los grandes institutos de salud. La población que no cuenta con

⁷ Subsecretaría de Innovación y Calidad, Secretaría de Salud. Red Estratégica de Servicios de Salud contra la Enfermedad Renal Crónica en México, México D.F., 2009.

⁸ Datos del Sistema del Registro Nacional de Trasplantes de enero de 2010.

acceso a servicios de salud a través de esquemas de derechohabencia tiene mayores desafíos para acceder a un trasplante pues se requiere dinero y ciertas condiciones de vida para que un equipo quirúrgico se atreva a trasplantarlo. Por otro lado los programas de obtención de órganos aún no logran fortalecerse pues a través de todas las instituciones de salud fluctúan un gran número de reglamentaciones al respecto, mismas que varían entre cada una de las entidades federativas. El sistema de salud fraccionado que ha sido construido en nuestro país es el factor más determinante para el avance de una política nacional de donación y trasplantes. La inequidad priva por sistema y no hay teoría de la justicia que apoye a la construcción de una política nacional que permita distribuir recursos escasos en igualdad de circunstancias en nuestro país.

Los datos anteriores nos muestran entonces un panorama íntimamente relacionado con los conceptos analizados por el Pleno de la Corte en este caso: la equidad, la igualdad y la dignidad humana. Los programas de trasplantes se enfrentan todos los días a decisiones relacionadas con dichos valores, la demanda supera a la oferta de órganos de manera importante, el insumo principal para la cirugía es tan escaso que el equipo médico toma a menudo decisiones buscando *optimizar* este recurso. Buscan "el mejor receptor", por lo que se elimina por ejemplo al que no puede pagar inmunosupresión, el que no tiene un nivel educativo suficiente para comprender las instrucciones de cuidado posquirúrgico, el que no cuenta con apoyo familiar, y así sucesivamente.

Entre los ideales de la humanidad se encuentra el acceso universal a la salud. Algunos temas sobre salubridad general han logrado este propósito, por ejemplo, la inmunización; pero aún hay temas pendientes. Los trasplantes son un reto a esta aspiración pues por lo menos en el caso de determinados padecimientos hepáticos, cardíacos y renales representan la única terapéutica posible para evitar la muerte y por otro lado la mejor alternativa para ahorrar costos directos e indirectos al Estado y a las familias, frente a la atención de padecimientos crónico-degenerativos. Lo que pasa en nuestro país es acorde a lo establecido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, pese al reconocimiento de que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada ésta tendrá los límites establecidos por el nivel que permitan los recursos públicos y de la comunidad.

1. El fallo de la Corte

En cuanto al asunto relacionado con la constitucionalidad del precepto que impedía la donación de órganos con fines de trasplantes entre personas vivas no relacionadas por parentesco, matrimonio o concubinato es muy difícil abordarlo a través de los Estándares Internacionales de los Derechos Humanos. Si el derecho a la salud se identifica como el contemplado en 1988 en el Protocolo *de San Salvador* entonces la Corte falló adecuadamente en el entendido que este derecho es *el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social* y que el Estado le reconoce como un bien público para lo cual debe adoptar diversas medidas entre las que se encuentra extender los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado. Como ya señalé anteriormente, el tema de trasplantes y la donación de órganos es un tema que debe verse bajo un prisma más amplio de valores y derechos como son los de la igualdad y la dignidad humana por ejemplo. Así también lo consideró la corte en el fallo. La limitación que imponía el legislador no demostraba, en ese momento, ser imprescindible para impedir un posible comercio de órganos, pero sí representaba un riesgo para el paciente reduciendo en su perjuicio la posibilidad de acceder a un trasplante en un menor plazo de tiempo. La repercusión de esta tesis fue más allá. En noviembre de 2004 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se reforma la fracción VI del artículo 333 de la Ley General de Salud para permitir la donación entre personas vivas no relacionadas, el texto vigente dice:

VI.- Los trasplantes se realizarán, de preferencia, entre personas que tengan parentesco por consanguinidad, civil o de afinidad. Sin embargo, cuando no exista un donador relacionado por algún tipo de parentesco, será posible realizar una donación, siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Obtener resolución favorable del Comité de Trasplantes de la institución hospitalaria, donde se vaya a realizar el trasplante, previa evaluación médica, clínica y psicológica;
- b) El interesado en donar deberá otorgar su consentimiento expreso ante Notario Público y en ejercicio del derecho que le concede la presente Ley, manifestando que ha recibido información completa sobre el procedimiento por médicos autorizados, así como precisar que el consentimiento es altruista, libre, consciente y sin que medie remuneración alguna. El consentimiento

del donante para los trasplantes entre vivos podrá ser revocable en cualquier momento previo al trasplante, y

c) Haber cumplido todos los requisitos legales y procedimientos establecidos por la Secretaría, para comprobar que no se está lucrando con esta práctica.

Sin embargo, numéricamente no parece haber repercusiones reales ni de la resolución de la Corte, ni de la reforma del 2004, los trasplantes renales en nuestro país siguen siendo mayoritariamente de órganos de donantes vivos, apenas unas decenas se realizan con donantes vivos sin relación de parentesco, matrimonio o concubinato con el receptor como se ve en la gráfica⁹ siguiente:



Los médicos parecen no estar muy convencidos de los trasplantes entre personas vivas no relacionadas, así que los toman con prudencia. En mayo de 2008 los participantes en la Cumbre internacional sobre turismo de trasplantes y tráfico de órganos convocada por la Sociedad de Trasplantes y la Sociedad Internacional de nefrología en Estambul, Turquía emitieron la declaración del mismo nombre¹⁰

⁹ El marcador inferior corresponde a trasplantes renales de donantes fallecidos (o cadavéricos como le denomina el Centro Nacional de Trasplantes) el segundo marcador corresponde a los de donantes vivos relacionados por parentesco, matrimonio o concubinato (señalado como Vivo R) y el marcador superior y más pequeño se refiere a los trasplantes renales cuyo donante es una persona viva no relacionada por parentesco (identificado como Vivo NR).

¹⁰ http://www.slanh.org/img/inicio/Declaracion_Estambul.pdf

para posicionarse en contra de actos relacionados al comercio de órganos. El punto seis de los principios posiciona sobre el tema:

6. El tráfico de órganos y el turismo de trasplantes violan los principios de *igualdad, justicia y respeto de la dignidad humana y deberían prohibirse*. Puesto que los donantes con menos recursos económicos o más vulnerables son el blanco de la comercialización de trasplantes, se produce inexorablemente una injusticia y debería prohibirse. En la Resolución 44.25, la Asamblea de la OMS hizo un llamamiento a los países para evitar la compra y venta de órganos humanos para trasplantes.

a. ...

b. Dichas prohibiciones también deberían penar las actuaciones —como las revisiones médicas de donantes, órganos u órganos para trasplantes— que ayuden, alienten o utilicen productos del tráfico de órganos o el turismo de trasplantes.

c. Las prácticas que induzcan a los grupos o individuos vulnerables (como las personas analfabetas y con pocos recursos económicos, los inmigrantes indocumentados, los presos y los refugiados políticos o económicos) a ser donantes vivos son incompatibles con el objetivo de combatir el tráfico de órganos y el turismo y la comercialización de trasplantes.

Sin embargo, no se percibe en el documento intención de recomendar limitaciones legislativas a la donación de personas vivas no relacionadas. De igual forma los Principios Rectores de la OMS sobre Trasplante de Células, Tejidos y Órganos Humanos (recientemente actualizados en el 2010) han recomendado en el principio 3 que en *general, los donantes vivos deberán estar relacionados genética, legal o emocionalmente con los receptores*. La reflexión que se desprende del mismo documento en cuanto al Principio rector 3 precisa al respecto que:

... la existencia de una relación genética entre el donante y el receptor puede resultar ventajosa desde el punto de vista terapéutico y ofrecer garantías de que el donante esté motivado por una preocupación auténtica por el receptor, al igual que cuando hay una relación legal (como la existente entre cónyuges). Muchas donaciones altruistas tienen su origen también en donantes relacionados desde el punto de vista emocional, aunque puede ser difícil evaluar el grado de conexión alegado. Las donaciones por parte de personas sin relación alguna han sido motivo de preocupación, aunque en algunos de

esos casos es imposible avanzar ninguna objeción, (...) o cuando se efectúa un intercambio de riñones porque no hay una buena inmunocompatibilidad de los donantes con los receptores con los que están relacionados.

Aunque no se nota reflexión en el fallo final de la Corte sobre este principio rector se atinó al fallar a favor del quejoso en tanto que:

- No existían instrumentos internacionales que recomendarán (o que recomienden) explícitamente a los Estados incorporar en sus legislaciones prohibiciones a las donaciones entre personas vivas no relacionadas por parentesco, matrimonio o concubinato, pues antes es recomendable impulsar los programas de donantes fallecidos;
- Sin presentar números sólidos e importantes, en materia de obtención de órganos de donantes fallecidos, como una política de responsabilidad del Estado, no era posible reconocer la existencia de límites en perjuicio de enfermos, sobre todo aquellos que contribuían a disminuir sus posibilidades de acceso a un trasplante frente a otros pacientes que sí cuentan con donantes potenciales.
- Dados los datos presentados anteriormente la prohibición si atentaba además contra el derecho a la igualdad y no evitaba que se propiciara el comercio de órganos.

Lo que no se considera tan atinado es que parece soslayarse el argumento del voto opositor en cuanto a la protección del donante y una posible lesión a miembros de grupos vulnerables. Gran parte de la reflexión del Ministro Aguirre sostenía elementos similares de preocupación que los organismos internacionales (por ejemplo el expresado en la Declaración de Estambul y en lo reflexionado en cuanto a los Principios Rectores) al destacar dos asuntos: el posible daño a personas sanas sin que se cumplan los requisitos indispensables para la extracción y el que se abra (por mínima que sea) una posibilidad para la explotación de la población pobre cuando vea una posibilidad de acceder a recursos a través de la venta de partes anatómicas. La reforma del 2004 no alcanza para garantizar las protecciones necesarias a fin de evitar estos eventos.

ANEXO 1

Registro No.: 183374

Localización: Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, Agosto de 2003

Página: 54

Tesis: P. IX/2003

Tesis Aislada

Materia(s): Constitucional

TRASPLANTE DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS. EL ARTÍCULO 333, FRACCIÓN VI, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, QUE LO PERMITE ÚNICAMENTE ENTRE PERSONAS RELACIONADAS POR PARENTESCO, MATRIMONIO O CONCUBINATO, TRANSGREDE LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.—El citado dispositivo legal, al establecer que para realizar trasplantes de órganos entre vivos, el donante debe tener necesariamente con el receptor parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil, o ser su cónyuge, concubina o concubinario, transgrede los derechos a la salud y a la vida establecidos en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues priva a la población en general de un medio apto para prolongar la vida o mejorar su calidad. Es cierto que el legislador, al normar el trasplante de órganos entre vivos de la manera restringida indicada, lo hizo con el propósito de fomentar el altruismo y evitar su comercialización, pero también es cierto que tan drástica limitación no es indispensable para alcanzar dichos objetivos, ya que el propio sistema jurídico prevé otras medidas tendentes a evitar que se comercie con los órganos, o bien, que exista ánimo de lucro en su donación. Además, aunque la existencia de una relación de parentesco, de matrimonio o de concubinato permite presumir que una persona, ante la carencia de salud e incluso el peligro de que su pariente, cónyuge o concubino pierda la vida, le done un órgano movida por ánimo altruista, de solidaridad o afecto, es un hecho notorio que no sólo en ese tipo de relaciones familiares se presenta el ánimo de solidaridad y desinterés, sino también entre quienes se profesan amistad y aun entre desconocidos. Por tanto, cualquier persona que se sujete a los estrictos controles

técnicos que establece la Ley General de Salud y tenga compatibilidad aceptable con el receptor, sin que vea afectada su salud y motivada por su ánimo de altruismo y solidaridad, podría de manera libre donar gratuitamente un órgano, sin desdoro de los fines perseguidos por el legislador y por el precepto constitucional en cita.

Amparo en revisión 115/2003. José Roberto Lamas Arellano. 8 de abril de 2003. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán, José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Encargado del engrose: Juan Díaz Romero. Secretarios: Arnulfo Moreno Flores, Claudia Alatorre Villaseñor y Guillermina Coutiño Mata.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de julio en curso, aprobó, con el número IX/2003, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a catorce de julio de dos mil tres.



*Estándares internacionales
y derecho a un medio ambiente adecuado:
comentarios a la Contradicción de tesis
193/2005-SS sobre la constitucionalidad
de las inspecciones ecológicas*

MIGUEL RÁBAGO DORBECKER*

* Académico-investigador en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. miguel.rabago@uia.mx

I. INTRODUCCIÓN

La inclusión del Derecho a un medio ambiente sano en nuestro sistema constitucional aparece con el decreto de reforma a la de 28 de junio de 1999 que incluye dentro del artículo 4 de la Constitución el derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar. Además, este Decreto tocaba el artículo 25 relativo a las facultades del Estado en materia de rectoría del desarrollo nacional, incluyendo la estipulación de que dicho desarrollo sea sustentable. La propia reforma a la Constitución nació de un viraje tanto en la Organización de Naciones Unidas, como en los organismos de financiamiento al desarrollo como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, hacia un concepto de desarrollo sostenible. Tales organismos reaccionaban a un nuevo "consenso verde" emanado de las Conferencias de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente de Estocolmo en 1972 en un primer momento, pero sobre todo de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Rio de Janeiro en 1992. Otro dato importante es que ya en 1994, México había celebrado junto a Canadá y Estados Unidos un Acuerdo de Cooperación

Ambiental de América del Norte en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Posteriormente, dentro de la reforma al artículo 2 Constitucional en el 2001 relativa a pueblos indígenas, se incluye la autonomía de los pueblos indígenas en el párrafo VI para: "acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierras establecidas en la Constitución y en las leyes de la materia, así como los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades...". Esta reforma crea una nueva dimensión respecto a la relación entre el medio ambiente y pueblos indígenas que si bien no será abordada en el presente trabajo, parece perfilarse como uno de los campos de mayor conflictividad social y por ende jurídica, en los próximos tiempos. Conceptos como el derecho a la consulta libre e informada para la realización de proyectos en tierras indígenas, así como la sustentabilidad en la utilización colectiva de las tierras indígenas y la autonomía respecto a la determinación de áreas de protección ambiental, plantean difíciles interrogantes para cuya solución no sólo se deben tener en cuenta los estándares internacionales, sino también las mejores prácticas comparadas en otros estados.

En el caso en cuestión, no se trata de problemas relativos a pueblos indígenas, sino más bien de impugnaciones a visitas realizadas a empresas por parte de autoridades en materia ambiental. Aquí la cuestión esencial es establecer las pautas procesales bajo las cuales se deben realizar dichas visitas, en función de las garantías constitucionales de debido proceso. En contraposición estos derechos de debido proceso de las personas a quienes se realizan las visitas, se encuentra el derecho colectivo a un medio ambiente sano, que se garantiza a través de estas visitas. Por tanto, si bien el tema se reduce a normas aplicables al procedimiento administrativo de visitas ambientales, potencialmente parecen entrar en conflicto derechos individuales de las personas visitadas y los derechos colectivos a un medio ambiente sano. Aunque es justo establecer que en el caso comentado, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no consideró fundamental realizar una ponderación entre los derechos en cuestión.

II. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO

Durante el génesis del sistema de la Organización de Naciones Unidas, en un principio los temas ambientales no parecerían tener un carácter prioritario, como puede verificarse de la ausencia de mención específica en la Carta de Naciones Unidas a la protección al medio ambiente o al desarrollo sustentable. Sería el desarrollo de una conciencia ambiental por parte de la sociedad internacional lo que modificaría este esquema original y reforzaría los medios de cooperación internacional en esta materia, legitimando al sistema de las Naciones Unidas como punto gravitacional de las mismas. Sin embargo, el propio preámbulo de la Carta menciona que las Naciones Unidas deberán promover el progreso social y elevar el nivel de vida. Además, dentro de los propósitos de la Organización se incluye en el artículo 1.3, el realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

En un primer momento la temática ambiental se trató dentro del Consejo Económico y Social, concretamente durante su 45o. periodo de sesiones en las que se dictó la resolución 1346 (XLV) de 10 de julio de 1968, en el que se recomendaba a la Asamblea General que convocara a una conferencia internacional para tratar temas del problema del medio humano. Como la propia recomendación del Consejo lo señala, en un principio las cuestiones ambientales tenían un claro sesgo antropocéntrico, excluyendo temas que no estuvieran relacionados de relación entre las personas y el medio ambiente.

Sin embargo, sería hasta el 3 de diciembre de 1968 que los temas ambientales serían tratados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su 23o. periodo de sesiones en la que se aprobó la resolución 2398 (XXIII). Dicha resolución convocó a una Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano tomando en consideración el deterioro constante y acelerado de la calidad del

mismo y los efectos de consiguientes en la condición de la persona, su bienestar físico, mental y social, su dignidad y su disfrute de los derechos humanos básicos. El origen antropocéntrico de los temas ambientales en el sistema de Naciones Unidas, siempre relacionó de manera importante el medio ambiente con el disfrute de los derechos humanos, en especial el derecho a la salud.

El primer esfuerzo materializado a raíz de la resolución 2398 (XXII) fue la celebración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano realizada en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972, en la que se creó el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Tal programa ha sido fundamental para la discusión de temas ambientales y dichas preocupaciones permearían posteriormente en otro programa importante de la Organización de Naciones Unidas que es el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Ambos incorporan formas de cooperación interestatal para garantizar la protección al medio ambiente y en especial a través del PNUD se añaden criterios ambientales en los índices de Desarrollo Humano. Posteriormente la Asamblea General, en su resolución 38/161 de 19 de diciembre de 1983, estableció una Comisión Especial sobre medio ambiente. Tal órgano fue denominado Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo y presentó un informe en 1987 a la Asamblea General, en el que se sientan las bases para el concepto de desarrollo sostenible definido como aquel que: "satisface las necesidades de la generación actual sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades."

En reacción al informe presentado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, la Asamblea General aprobó la resolución 44/228 de 20 de diciembre de 1988, que convoca a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, también conocida como "Conferencia de Río" o "Cumbre de la Tierra". Dicha conferencia sería el más importante esfuerzo de la comunidad internacional por tratar temas relativos al medio ambiente, además de que en la misma se empiezan a ubicar nuevas áreas de cooperación internacional para lograr el desarrollo sostenible y ambientalmente racional. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que se llevó a cabo en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio del 1992 sería un acto

fundacional para el Derecho Internacional Ambiental. Esto se debía tanto por la creación de un órgano, la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible, como por la celebración de tres acuerdos fundamentales. El primero de ellos es el denominado Programa 21, en el que se establece un programa de acción mundial para promover el desarrollo sostenible. También se aprobaría la Conferencia la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que establece deberes y derechos de los estados en materia ambiental. Finalmente también se aprobaría una Declaración de principios relativos a los bosques, que marcaba principios básicos para apoyar el manejo sostenible de los bosques a nivel mundial. Además dos tratados internacionales fueron abiertos a firma y ratificación con posterioridad a la cumbre, que son: la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. También se comenzaron las negociaciones para una Convención de lucha contra la desertificación.

A cinco años de la Cumbre de la Tierra, la Asamblea General convocó a un periodo extraordinario de sesiones para examinar y evaluar la ejecución del programa 21, a través de las resoluciones 47/190 y 51/181 de 1994. Posteriormente y en función de los diez años de la Cumbre de la Tierra, durante el 55a. periodo de sesiones, la Asamblea General aprobó la resolución 55/199 de 20 de diciembre del 2000 en la que se convocó a la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sustentable, que finalmente fue realizada en Johannesburgo del 26 de agosto al 4 de septiembre del 2002. Tras la Cumbre de Johannesburgo, se estableció una Declaración política en la que se establece un plan de acción para llevar a cabo actividades concretas y adoptar medidas para intensificar la cooperación internacional.

Ya en lo referente al ámbito del sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se puede decir que desde la Carta existe cierto desarrollo al derecho a un medio ambiente sano. Es en el artículo 55 bajo propósito de crear condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos; que se establecen las obligaciones de las condiciones de progreso y desarrollo económico y social; la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y el respeto

universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

Dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, no se incluyó una referencia específica al derecho a un medio ambiente sano, pero dicho derecho se podría construir a través de dos disposiciones: el artículo 3 sobre derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona y el artículo 25 sobre el derecho a un nivel de vida adecuado.

También en el sistema de Naciones Unidas se han creado dos relatorías que se relacionan con el derecho a un medio ambiente sano: el Relator especial sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos y el Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

III. CONTRADICCIÓN DE TESIS 193/2005-SS, ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DEL OCTAVO CIRCUITO Y PRIMERO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO DE 20 DE ENERO DEL 2006. (CONSTITUCIONALIDAD DE LAS INSPECCIONES ECOLÓGICAS, NO NECESITAN NOTIFICACIÓN PREVIA)

1. El derecho a un medio ambiente sano en distintas sentencias del Poder Judicial de la Federación

De manera más reciente, el Poder Judicial Federal ha tratado temas relativos a Derecho a la información ambiental, que permiten vislumbrar una evolución hacia una interacción entre el Derecho a la información como medio necesario para garantizar el derecho a un medio ambiente sano. Dentro de una primera tesis, se desarrollan los criterios necesarios sobre los cuales tiene que operar los distintos órganos públicos en el caso de solicitudes de acceso a la información en materia

ambiental.¹ Los lineamientos que señala para el acceso a la información ambiental derivada de auditorías ambientales son: 1) Abstenerse de denegar, en forma absoluta, la información medioambiental solicitada, so pretexto de proteger otros intereses legales o constitucionales; 2) Abstenerse de otorgar, junto con la información medioambiental, datos confidenciales, secretos y privados de las empresas auditadas, pues ello implicaría violación irreversible a sus derechos constitucionales; 3) Excluir de la información pública medioambiental, la información empresarial de carácter privado; 4) Negar información secreta, confidencial y privada de la empresa auditada; y, 5) Otorgar en versión pública la información derivada de la auditoría ambiental, consistente en: i) Los programas preventivos y correctivos derivados de la auditoría ambiental a que se refiere el artículo 38 Bis 1 de la Ley General citada; ii) El diagnóstico básico a que hacen referencia los numerales 17 y 19 del Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Auditoría Ambiental; y, iii) La propuesta de plan de acción a que aluden los artículos 15 y 16 de dicho Reglamento. A través de estos criterios, señala la Segunda Sala, las autoridades respetan, de manera equilibrada, razonada y proporcional, los artículos 4 y 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) que conjuntamente establecen el derecho a la información ambiental y respetan el derecho a la privacidad regulado por el artículo 6 de la CPEUM. Otra tesis interesante relativa al Derecho a la información ambiental, derivada del mismo caso que el anterior, se refiere a la inconstitucionalidad de los actos de autoridad que deniegan en forma absoluta la obtención de información ambiental.²

¹ DERECHO A LA INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL. SU RESPETO TRATÁNDOSE DE LAS SOLICITUDES DE DATOS SOBRE AUDITORÍAS AMBIENTALES PRACTICADAS A EMPRESAS PRIVADAS, Registro de IUS No. 164104 y *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXII*, Novena Época, agosto de 2010, p. 461, Tesis: 2a. LXXII/2010. Tesis Aislada, Materia (s): Administrativo, Constitucional. Amparo en revisión 1922/2009. Met-Mex Peñoles, S.A. de C.V. y otra. 30 de junio de 2010. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretario: Fernando Silva García.

² Número de Registro de IUS, 164105, Novena Época, Instancia: Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXII*, Agosto de 2010, Página: 460, Tesis: 2a. LXXII/2010, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional DERECHO A LA INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL. SON INCONSTITUCIONALES LOS ACTOS DE AUTORIDAD QUE DENIEGAN, EN FORMA ABSOLUTA, LA OBTENCIÓN DE AQUÉLLA. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 4o. y 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte la existencia de un derecho fundamental a la información medioambiental, tomando en cuenta que la posibilidad de prevenir efectos negativos sobre el medio ambiente que dañan a los individuos y a la colectividad, precisa de la obtención de información oportuna, idónea y necesaria y

2. Antecedentes de la sentencia de la Sala: amparo directo en revisión 1975/2002

La tesis derivada del amparo directo en revisión 1975/2002 es un precedente fundamental para comprender la contradicción de tesis 193/2005-SS.³ En especial dicha tesis establece las facultades regulatorias que puede ejercer la Secretaría de Medio Ambiente a través de las facultades reglamentarias del Presidente de la República. Los hechos en el presente caso se refieren a la impugnación constitucional vía amparo por parte de una empresa estatal, PEMEX exploración y producción al artículo 82, fracción VIII del Reglamento Interior de la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca.⁴ Dicho artículo, que estuvo en vigor hasta el 5 de junio del 2000, facultaba a las delegaciones de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA) para realizar visitas domiciliarias. La Sala Segunda llega a la conclusión de que no se viola el artículo 89, fracción I de la CPEUM relativo a las facultades del Presidente de la República, ya que no excede lo dispuesto en el artículo 32 bis de la Ley Orgánica de la Administración

que el medio ambiente adecuado, además de estar reconocido como derecho protegido constitucional e internacionalmente, constituye el contexto espacial de subsistencia para el desarrollo y disfrute de los demás derechos esenciales del hombre (vida, salud e integridad personal, entre otros). Ese estado de cosas impone reconocer que el derecho a la información medioambiental conlleva el deber a cargo de los poderes públicos (legislador, juzgadores y autoridades administrativas), en el sentido de establecer las medidas idóneas para que la información sobre cuestiones medioambientales esté siempre disponible para la sociedad (principio interpretativo de máxima publicidad y transparencia), de donde resulta que son inconstitucionales las resoluciones que denieguen en forma absoluta la obtención de información medioambiental, a pesar de que ello pretenda justificarse en otros intereses legal y constitucionalmente protegidos (derecho a la vida privada de las personas), tomando en cuenta que la protección de una garantía individual no debe llevar al extremo de nulificar el contenido esencial de otra, si se considera que ambas tienen la misma jerarquía normativa y que siempre es posible excluir de la información medioambiental los datos confidenciales de las personas implicadas. Amparo en revisión 1922/2009. Met-Mex Peñoles, S.A. de C.V. y otra. 30 de junio de 2010. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretario: Fernando Silva García.

³ Tal tesis se encuentra localizada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época número de Registro No. 184246, Segunda Sala, XVII, Mayo de 2003, p. 305, Tesis 2a. LXII/2003, Tesis Aislada, Materia (s): Constitucional, Administrativa. Amparo directo en revisión 1975/2002. Pemex Exploración y Producción. 7 de marzo de 2003. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Roberto Rodríguez Maldonado. Véase: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XVII, febrero de 2003, página 329, tesis 2a. VII/2003, de rubro: "PROCURADURÍA FEDERAL DE PROTECCIÓN AL AMBIENTE. EL REGLAMENTO INTERIOR DE LA SECRETARÍA DE MEDIO AMBIENTE, RECURSOS NATURALES Y PESCA (ABROGADO), QUE CREA A AQUEL ÓRGANO, NO VIOLA EL ARTÍCULO 89, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PUES NO EXCEDE LO DISPUESTO EN LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL."

⁴ DOF 21 de enero del 2003.

Pública Federal. Dicho artículo facultaba a las delegaciones de la PROFEPA en las entidades federativas, ordenar y realizar visitas domiciliarias para verificar el cumplimiento de las normas reguladoras para la protección, defensa y restauración del medio ambiente y los recursos naturales. En este sentido la Sala señala que no se contravienen las facultades reglamentarias del Presidente de la República, ya que se traduce la delegación de facultades estrictamente comprendidas en el artículo 32 bis de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, al conferir a la entonces denominada Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, las atribuciones esenciales de proteger, restaurar y conservar los ecosistemas, recursos naturales, bienes y servicios ambientales; vigilar el cumplimiento de las diversas normas relacionadas además, con aguas, bosques, flora y fauna silvestre, terrestre y acuática, y pesca; así como imponer sanciones procedentes, por infracción a las leyes, normas oficiales y programas relativos. Además, la facultad para ordenar visitas, señala la Segunda Sala, se considera necesaria para la actividad fiscalizadora del Estado de conformidad al artículo 16 de la CPEUM, por lo que de no tenerse dicha facultad, el ejercicio de atribuciones de protección, vigilancia y sanción conferidas a la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, serían nugatorios o estériles. Por ende, se tratan de facultades necesarias para ejercer sus atribuciones expresas.

3. Hechos y consideraciones en la contradicción de tesis 193/2005-SS

En la contradicción de tesis 193/2005-SS señala que las visitas de inspección para verificar el cumplimiento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) y disposiciones derivadas, no deben estar precedidas de notificación personal ni de citatorio. Esta contradicción de tesis trata de realizar un ejercicio muy interesante de ponderación entre los derechos de debido proceso y el derecho a un medio ambiente sano.

El conflicto radica en si las notificaciones personales en materia administrativa están reguladas por el artículo 36 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo supletoria a la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, que supone que en el caso de no encontrar al interesado o a su

representante debe dejarse citatorio para que espere a hora fija el día hábil siguiente o si por el contrario solo se hará para los caos en que la LGEEPA establece específicamente que la resolución se notifique personalmente. En este caso se concluye que no se aplica supletoriamente los procedimientos de notificación personal de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo ya que la forma en la que se realizan las visitas de inspección se encuentra suficientemente regulada y el legislador no estableció que la orden de inspección fuera notificada personalmente, ni que la diligencia se deba efectuar mediante previo citatorio. La razón por la cual no se incluyen estas formalidades procesales no se debe a olvido u omisión por parte del Legislador, sino que se trata de evitar que al ser alertado el visitado, este oculte hechos violatorios, impidiendo de tal manera que la inspección satisfaga su objeto primordial que es detectar la verdadera situación del lugar visitado. Es aquí donde la Sala establece que el bien constitucional protegido es el derecho de la población a gozar de un medio ambiente adecuado de conformidad al artículo 4, párrafo cuarto de la CPEUM. También se sigue un precedente relativo a visitas domiciliarias y de inspección con base en el artículo 16 constitucional, establecido en la tesis P./J. 15/2000 en materia fiscal. Tal criterio consideró que no se establece un requisito para la práctica de las visitas domiciliarias o de inspección, que previamente a su inicio las autoridades competentes se cercioren que la diligencia se lleve a cabo con el propietario, administrador o representante del visitado, ni que por ausencia de cualquiera de ellos deban dejar citatorio.

El Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito en recurso de revisión fiscal 162/2005 resuelto el 29 de septiembre de 2005 decidió declarar fundados los agravios del director general de Delitos Federales contra el Ambiente y Litigio de la Subprocuraduría Jurídica de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, en contra del juicio promovido por Industria Forestal del Guadiana, Sociedad Anónima de Capital Variable en contra de una resolución administrativa de la Delegación Durango de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente en la que se le imponen algunas multas. En esta sentencia se reitera el carácter de orden público e interés social que tienen las vistas para verificar el cumplimiento de la legislación de protección ambiental y por tanto se sostiene que tiene un espíritu sorpresivo. Tal carácter sorpresivo es justificado por el Tribunal debido a que la materia de la inspección o verificación es la del equilibrio ecológico y la protección

al medio ambiente y su inobservancia puede dar lugar a serias consecuencias como la afectación de la salud pública. También añade que la notificación previa haría nugatoria la acción de verificación de la autoridad, afectando a la colectividad, ya que los derechos ambientales protegen los derechos de la comunidad. Aquí señala que entender de distinta manera la garantía de legalidad afectaría el interés y el derecho común de evitar que se realicen tales actividades que produzcan o puedan producir graves daños al medio ambiente.

Por el contrario, el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, al resolver la revisión fiscal 54/2002-I, decidió declarar infundados unos agravios similares presentados por el Procurador Federal de Protección al Ambiente, en el caso de la empresa Besk Mexicana, S.A. de C.V. a la cual se le había impuesto una multa derivada de una orden de inspección, que no satisfacía los requisitos establecidos por la ley supletoria en materia administrativa. En el caso en particular el requisito se refería a que no se había dejado un citatorio, por lo que se declaró nula la visita de inspección y todo lo actuado con posterioridad a la misma. En este caso la interpretación dada por el Tribunal Colegiado es que los derechos de debido proceso establecidos en el artículo 16 de la CPEUM, se debe de evitar que las autoridades administrativas puedan cometer atropellos en contra de los gobernados, se debe de dejar un citatorio. Cabe señalar que la multa establecida en el presente caso se basó en infracciones a la violación al Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en materia de residuos peligrosos e impacto ambiental en Baja California.

4. Conclusiones de la Sala

La Sala en el presente caso utiliza distintos criterios para establecer las formalidades esenciales bajo las cuales se deben de realizar las visitas, si bien el centro de la decisión gravita alrededor de la relación de supletoriedad entre la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Los dos casos se originan de impugnaciones a multas establecidas debido a irregularidades encontradas en visitas de inspección y que en ambos casos no hubo notificación previa relativa a la práctica de la diligencia. Por tanto, la Sala considera que los Tribunales al resolver estos asuntos, examinaron

cuestiones jurídicas esencialmente iguales, partieron de elementos similares y adoptaron criterios jurídicos discrepantes.

El punto de contradicción concreto que ubica la Sala en este caso, es determinar si para el desahogo de las visitas de inspección establecidas en la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, es aplicable supletoriamente o no, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, específicamente en lo referente a si las inspecciones deben estar precedidas o no de notificación personal y en su caso, de citatorio dirigido al interesado o a su representante.

En la determinación de estos asuntos, la Sala utiliza criterios doctrinarios, la interpretación literal y el contexto en el que se da la ley en cuestión y finalmente su compatibilidad con principios constitucionales como los de debido proceso.

Para efectos de resolver esta contradicción de tesis, la Sala recurre a dos criterios provenientes de la doctrina, uno de Friedrich Karl von Savigny y otro de Hans Kelsen. El primero de los criterios se refiere a normas absolutas o imperativas y las supletorias. Según Savigny las normas absolutas no dejan lugar a dudas sobre la aplicación de principios generales, mientras que las supletorias permiten la aplicación de sus principios a otra y otras normas. Kelsen por su parte señala el condicionamiento de las normas reglamentarias a las ordinarias y que en caso de un vacío legislativo, el propio legislador dispone de la figura de la supletoriedad. Esta supletoriedad de una ley a otra debe ser expresa, puesto que sólo se aplica para integrar una omisión en la ley para interpretar sus disposiciones de forma que se complete con principios generales contenidos en otras leyes. La Sala señala que la supletoriedad es un medio de aplicación legislativa para dar debida coherencia al sistema jurídico y un principio de economía e integración legislativa. En función de criterios anteriores, la Sala desarrolla que para efectos de la aplicación supletoria de las normas legales, solo será válida cuando no obstante que la institución esté contenida en la ley originaria, ésta no la regule con la amplitud, exhaustividad y profundidad necesaria.⁵ De ahí crea dos criterios necesarios para que exista

⁵ Los criterios que cita son los siguientes: LEYES. APLICACIÓN SUPLETORIA. Para que un ordenamiento legal pueda ser aplicado supletoriamente, es necesario que en principio exista establecida la institución cuya reglamentación se trata de completar por medio de esa aplicación supletoria. (Sexta Época, Segunda Sala,

supletoriedad: que la ley a suplir contemple la institución respecto de la que se pretenda la aplicación supletoria y que la institución comprendida en la ley a suplir no tenga la reglamentación requerida, o esta sea deficiente.

Otro criterio utilizado por la Sala para resolver esta contradicción de tesis, es la interpretación literal de la LGEEPA, en la que llega a la conclusión que la misma regula, todos los aspectos atinentes a los actos de inspección y vigilancia. La misma ley señala expresamente la manera en que deben desarrollarse las visitas de inspección. Concretamente, los artículos 162 a 164 contienen de forma detallada, el procedimiento bajo el cual los verificadores en materia ambiental realizarán las visitas de inspección. En esta misma legislación se prevén ciertos controles constitucionales, al señalar que las visitas de inspección deben de contar con una orden previa escrita, debidamente fundada y motivada, expedida por autoridad competente, en la que se precise el lugar o zona que habrá de inspeccionarse y el objeto de la diligencia. Además, los funcionarios deberán contar con un documento oficial que los acredite o autorice a practicar la inspección, así como la orden escrita con los requisitos mencionados. Los mismos preceptos de la LGEEPA señalan los casos en que las resoluciones se deberán de notificar personalmente, y por tanto no se incluyen las visitas de verificación, sino más bien cuando se notifiquen las

Semanario Judicial de la Federación, Volumen XXVII, Tercera Parte, página 42). LEYES SUPLETORIAS, APLICACIÓN DE LAS. Solamente se aplicarán las leyes supletorias en aquellas cuestiones procesales que, comprendidas en la ley que suplen, se encuentran carentes de reglamentación o deficientemente reglamentadas. (Quinta Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CXI, página 1022). LEYES SUPLETORIAS, APLICACIÓN DE. La aplicación de leyes supletorias es para aquellos casos no comprendidos en las leyes especiales, y que requieren, para ser aplicables, que se subsanen las omisiones o deficiencias de éstas, a fin de hacer posible la resolución del problema jurídico a debate; por tanto, si la Ley del Impuesto sobre Alcoholes, especifica las infracciones que contra ella pueden cometerse y organiza los procedimientos que los productores deben seguir, para la redacción de los asientos en sus libros, no necesita en tales casos, ni que se complementen ni que se aclaren sus disposiciones por las de la Ley del Timbre. (Quinta Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LIX, página 18). LEYES SUPLETORIAS. Si bien los Códigos de Procedimientos Civiles de cada Estado, son supletorios del de Comercio, esto no debe entenderse de modo absoluto, sino sólo cuando falten disposiciones expresas sobre determinado punto en el código mercantil, y a condición de que no pugnen con otras que indiquen la intención del legislador, para suprimir reglas de procedimiento o de pruebas. (Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XXV, página 67). SUPLETORIEDAD DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. SÓLO PROCEDE EN AMPARO RESPECTO DE INSTITUCIONES QUE PREVÉ LA LEY ESPECÍFICA. La supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles a la materia de amparo se produce exclusivamente cuando la ley específica contempla la institución pero no se señalan algunas o todas las reglas de su aplicación, mas tal supletoriedad no puede efectuarse respecto de instituciones no previstas en el ordenamiento a suplir. (Octava Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo VII, junio de 1991, tesis 3a. CX/91, página 100).

medidas correctivas o de urgente aplicación, que resulten necesarias para cumplir con las disposiciones jurídicas aplicables. Sin embargo, esta disposición se incluyó en la LGEEPA hasta la reforma publicada el siete de diciembre de dos mil cinco, hasta entonces no había reglas específicas para llevar a cabo las notificaciones.

Aquí la Sala analiza la naturaleza de la notificación personal como acto procesal vinculado a la garantía de audiencia del artículo 14 de la Constitución. El propósito de la misma es que ninguna persona pueda ser afectada en su vida, libertad, propiedades, posesiones o derechos, mediante actos de privación definitivos sin haber tenido la oportunidad de defenderse en forma adecuada. La notificación por tanto trata de crear certeza de que el afectado por el acto que se notifica, tuvo pleno conocimiento del mismo y por tanto encuentra la posibilidad de defenderse del acto relativo.

La Sala llega a la conclusión de que si bien la Ley Federal de Procedimiento Administrativo debe aplicarse supletoriamente en materia de notificaciones a la LGEEPA, antes de las reformas del 2005, lo mismo no implica, que para la validez de las visitas de inspección orientadas a verificar el cumplimiento de las normas en materia de equilibrio ecológico y protección ambiental, se requiera notificarse personalmente o que ante su ausencia, debe citársele para que atiendan la visita de inspección.

Con respecto a las intenciones del legislador, la falta de mención de la notificación personal, debe ser interpretada no como una omisión de dicho requisito, sino que deliberadamente no señaló dicho requisito. Dicha omisión se debe a que quería que no se previniera o alertara al sujeto a visitar a fin de evitar el ocultamiento de posibles deficiencias o irregularidades y de tal manera no se pudiera detectar la verdadera situación del lugar visitado. Por tanto, la secrecía de la orden de inspección y su carácter sorpresivo y espontáneo, son factores fundamentales para que el sitio a visitar no sea alterado, ni se hagan desaparecer, temporalmente y de forma artificiosa, los actos que constituyen infracciones a la legislación ambiental.

Es aquí donde la Sala señala que los bienes jurídicos tutelados son el equilibrio al entorno ecológico y el derecho fundamental que la población tiene a gozar

de un medio ambiente adecuado según el artículo 4, párrafo cuarto de la CPEUM. Para llegar a esta conclusión la Sala cita la exposición de motivos que señala: "... a lo largo de todo el proyecto, se prevé que las acciones de los poderes públicos se concierten, en la medida de lo posible, con la sociedad y en su caso se adopten las medidas necesarias para inducir las conductas que sean apropiadas en función del equilibrio ecológico y la protección del ambiente." "Es también preocupación del proyecto de ley, la información y vigilancia sobre la evolución del equilibrio ecológico y la protección del ambiente en todo el país y en cada una de las localidades. Pero lo primero, se establece que periódicamente se elabore un informe sobre el estado del medio ambiente a nivel nacional; para lo segundo, se prevé un sistema de visitas de inspección, que permitirán detectar oportunamente los desequilibrios ecológicos que deben prevenirse o corregirse sin dilaciones." En este mismo sentido cita los dictámenes de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores.

Por tanto, la Sala señala que para establecer la validez de las visitas de inspección tendentes a verificar el cumplimiento de las disposiciones que rigen en materia de equilibrio ecológico y protección ambiental, no se precisa la notificación personal previa de la orden de visita, ya que resultaría adversa al carácter con que fue concebido el sistema normativo que regula las visitas de inspección preciaadas, sobre todo debido a los bienes jurídicos tutelados en tal caso.

En otra línea de análisis, la Segunda Sala refiere a la reforma posterior a la LGEEPA de 7 de diciembre de 2005, donde se modifica el régimen de notificaciones de los actos aplicados de conformidad a dicha norma. Dentro de estas reformas, no se incluyó la exigencia relativa a que en las visitas de inspección se notificara personalmente, y así se confirma el carácter sorpresivo y espontáneo con el que el legislador concibió las visitas de inspección de que se trata.

Finalmente la Sala señala que no existe base constitucional para requerir dichas notificaciones, ya que si bien las visitas constituyen actos de molestia regulados por el artículo 16 de la CPEUM, la garantía de legalidad exige únicamente que sean emitidos por escrito y por autoridad competente, en forma debidamente fundada y motivada. Para llegar a tal conclusión la Sala cita algunos precedentes

en los que se establece que una visita domiciliaria puede efectuarse con la persona que se encuentre y/o necesariamente con el interesado o su representante legal;⁶ y además en diversos precedentes se ha señalado que no es un requisito para la práctica de visitas domiciliarias o de inspección, que previamente al inicio de la visita, los órganos de autoridad se deban cerciorar que la diligencia se lleve a cabo con el propietario, administrador o representante legal del visitado, ni tampoco que por ausencia de cualquiera de ellos, deban dejar citatorio para que las personas indicadas esperen con posterioridad a los visitantes.⁷ La Sala por tanto concluye que no

⁶ VISITAS DOMICILIARIAS. SE PUEDEN ENTENDER CON QUIEN SE ENCUENTRE AL FRENTE DE LA NEGOCIACIÓN. El encargado o dependiente de una negociación o establecimiento pertenece al grupo de los llamados auxiliares de comercio que, en materia mercantil, representan de manera general, aunque limitada a las funciones que les sean propias, al propietario o titular del que dependen, como se desprende de lo establecido por el artículo 309, segundo párrafo, del Código de Comercio. Por tanto, para que las visitas domiciliarias practicadas por autoridades administrativas sean eficaces, satisfagan su objetivo y al propio tiempo cumplan con los requisitos exigidos por el artículo 16 de la Constitución Federal, es suficiente que el legislador disponga que tales visitas se entiendan, no sólo con el propio visitado, con el administrador o con su representante legal sino también con el encargado o dependiente que se encuentre al frente de la negociación. (Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XI, marzo de 2000, tesis P./J. 16/2000, página 82).

⁷ VISITAS DOMICILIARIAS. EL ARTÍCULO 49, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, NO ES VIOLATORIO DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL. El artículo 16 de la Constitución Federal no establece como requisito para la práctica de las visitas domiciliarias o de inspección, que previamente al inicio de la visita, los órganos de autoridad a quienes se encomiende su realización se cercioren de que la diligencia se lleve a cabo con el propietario, administrador o representante legal del visitado y, en el supuesto de que esto no ocurra, por ausencia de cualquiera de ellos, dejen citatorio para que las personas indicadas esperen con posterioridad a los visitantes; en estas condiciones, la circunstancia de que el artículo 49 del Código Fiscal de la Federación prevea que dichas visitas pueden entenderse, además de con el propio visitado, administrador o representante legal, con el encargado o quien se encuentre al frente de la negociación, no resulta contraria a la Carta Magna, pues la ausencia del dueño o representante de la negociación no es causa que impida la realización de la visita. (Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XI, marzo de 2000, tesis P./J. 15/2000, página 73).

VISITAS PARA COMPROBAR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EXPEDIR COMPROBANTES FISCALES. EL ARTÍCULO 49 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN NO ES VIOLATORIO DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, POR NO ESTABLECER EL REQUISITO DE CITATORIO PREVIO A UNA INSPECCIÓN. El artículo 16 constitucional no establece como requisito para las visitas domiciliarias o de inspección, que sean precedidas de un citatorio, sino que estén expedidas por escrito, por una autoridad competente, en el que se exprese el lugar que ha de inspeccionarse y la persona a la que se dirige, así como el objeto que persiga la visita, levantándose acta circunstanciada al efecto. En estas condiciones, la circunstancia de que el artículo 49 del Código Fiscal de la Federación no prevea la entrega de citatorio previo a la visita de verificación, no resulta contraria a la Constitución, ya que el precepto se dirige al visitado, su representante legal, el encargado, o quien se encuentre al frente del establecimiento, de lo que se desprende que no es necesario que se establezca que la diligencia se entienda previo citatorio. Además, en el mismo ordenamiento se prevén los medios de defensa, al alcance del afectado, para el caso de que en la visita se determine infracción a las leyes o reglamentos aplicables." (Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, diciembre de 1999, tesis P./J. 139/99, página 11)

ZONIFICACIÓN PARA EL DISTRITO FEDERAL. EL REGLAMENTO RELATIVO NO ES VIOLATORIO DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, AUNQUE NO ESTABLECE EL REQUISITO DE CITATORIO PREVIO A LAS VISITAS DE INSPECCIÓN. El artículo 16 constitucional no establece como requisito para las visitas domiciliarias o de inspección, que sean precedidas de un citatorio, sino que estén expedidas por escrito, por una autoridad competente, en el que se exprese el lugar que ha de inspeccionarse y la

la ausencia de notificación personal no afecta los derechos de defensa de la persona visitada, ya que esta misma puede ejercer efectivamente los recursos pertinentes previamente al acto de privación definitivo.⁸

IV. CONCLUSIONES SOBRE LA ARMONIZACIÓN DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN LA SENTENCIA CON LOS ESTÁNDARES AMBIENTALES INTERNACIONALES

En primer lugar, si bien la sentencia comentada no toma en consideración de manera más desarrollada la ponderación entre un derecho individual de debido proceso y los derechos colectivos en materia del derecho a un medio ambiente sano, si es algo que se considera para efectos de interpretar el espíritu del legislador al omitir la notificación personal en el presente caso. Aquí, estándares emanados no sólo de instrumentos internacionales, sino principios de costumbre internacional en materia ambiental, como el principio precautorio, hubiesen sido de gran utilidad. Si bien la aplicación de la costumbre internacional en materia ambiental se antoja complicada, debido a la ausencia de cualquier tipo de referencia a estas fuentes en nuestro sistema constitucional, la construcción del carácter colectivo y los alcances del derecho a un medio ambiente sano podrían haberse construido desde los estándares internacionales.

persona a la que se dirige, así como el objeto que persiga la visita, levantándose acta circunstanciada al efecto; en estas condiciones, la circunstancia de que el Reglamento de Zonificación para el Distrito Federal no prevea la entrega de citatorio previo a la inspección, no resulta contraria a la Constitución, ya que el precepto se dirige a los propietarios o sus representantes, los encargados, los directores responsables de obras y los auxiliares de éstos, así como a los ocupantes de los lugares donde se vaya a practicar la inspección; de lo que se desprende que no es necesario que se establezca que la diligencia se entienda previo citatorio. Además, el mismo reglamento prevé en su artículo 49 la posibilidad de defensa del afectado, para el caso de que en la visita se determine infracción a las leyes o reglamentos aplicables, según puede verse de su contenido." (Novena Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo VI, diciembre de 1997, tesis 2a. CXLV/97, página 376).

⁸ Para ello recurre al siguiente criterio: FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.-La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga 'se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento'. Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado." (Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo II, diciembre de 1995, tesis P./J. 47/95, página 133).



*Derechos de las mujeres:
igualdad de género*

REGINA TAMÉS NORIEGA*

* Directora Ejecutiva del Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE).

La igualdad y la no discriminación son derechos fundamentales y esenciales para lograr el respeto y garantía de los derechos humanos. Como ya lo ha señalado la Corte Interamericana la "noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona".¹

Este artículo plantea el camino que se ha seguido para el conocimiento tanto de la igualdad como de la no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos. En particular, el camino para el desarrollo de lo que debe entenderse por igualdad entre mujeres y hombres así como por la discriminación en contra de las mujeres, principalmente dentro de los dos sistemas internacionales de protección de derechos humanos a los que pertenece México, el de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y la Organización de Estados Americanos (OEA).

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

La garantía de la igualdad y no discriminación, va más allá de un reconocimiento formal a través de las legislaciones. Los retos más importantes y aún pendientes se ubican en la necesidad de que se modifiquen los contextos en que estas legislaciones están siendo aplicadas. Generalmente son las costumbres, la tradición y la falta de cumplimiento de estas leyes donde se encuentran todavía prácticas discriminatorias. Existen incluso normas, prácticas y políticas que a primera vista parecen neutrales pero que en los hechos producen distinciones arbitrarias o desproporcionadas en su aplicación.²

A la luz del derecho internacional de los derechos humanos, se analizan dos amparos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se refieren a la igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres. Ambos amparos analizan la igualdad de los cónyuges dentro del matrimonio, uno haciendo énfasis en lo referente a la administración de los bienes y el otro respecto a la custodia de los hijos.

I. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

1. La igualdad entre mujeres y hombres en el derecho internacional de los derechos humanos

Desde la adopción de los primeros textos internacionales en materia de derechos humanos, existen varias referencias al derecho a la igualdad y a la no discriminación. La primera mención de la importancia de garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en un instrumento internacional de derechos humanos, se hace en el preámbulo de la Carta de creación de la Organización de las Naciones Unidas de 1945,³ conocida como Carta de San Francisco. Sin embargo, vale la pena mencionar que si bien se habla de igualdad entre mujeres y hombres, igualmente se hace la referencia genérica a los "derechos fundamentales del hombre" haciendo notar una visión androcéntrica en donde el hombre sigue siendo lo referente de lo

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc. 68, 20 de enero de 2007, párrafo. 89.

³ Carta de las Naciones Unidas, firmada en la ciudad de San Francisco, el 26 de junio 1945 al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta.

humano.⁴ Otra cuestión relevante de esta Carta es que es la primera vez que se prohíbe la discriminación por razones de sexo.⁵

Posteriormente a la creación de la ONU, inician los trabajos de redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos misma que se adopta el 10 de diciembre de 1948⁶ y la cual revela en su preámbulo la importancia de garantizar la igualdad entre mujeres y hombres. Asimismo, señala que "todos los seres humanos ya nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"⁷ y prohíbe la discriminación entre otras causas, por razones de sexo y establece la igualdad de todas las personas ante la ley.⁸

En el marco de la OEA, en la Declaración sobre Derechos y Deberes del Hombre,⁹ pese a su denominación carente de perspectiva de género, se establece la igualdad de todas las personas ante la ley quienes tienen los mismos derechos y deberes consagrados en ese instrumento sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.¹⁰ Cabe mencionarse que en la Carta de creación de la Organización de Estados Americanos¹¹ adoptada en 1948, no se hace ninguna mención a la igualdad entre mujeres y hombres.¹²

⁴ Preámbulo de la Carta de San Francisco: "Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas".

⁵ Véase artículo 1, inciso 3. "Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión..."

⁶ Adoptada el 10 de diciembre de 1948, resolución 217 A (III) de la Asamblea General.

⁷ Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁸ Véase artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁹ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

¹⁰ Véase artículo 2 de la Declaración sobre Derechos y Deberes del Hombre.

¹¹ Fue firmada en la IX Conferencia Internacional Americana del 30 de abril de 1948, celebrada en Bogotá. Entrando en vigencia el 13 de diciembre de 1951. Reformada por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Buenos Aires", suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Cartagena de Indias", aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Washington", aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General, y por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Managua", adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

¹² La única mención que se hace al término igualdad está en el artículo 34: "Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza

A partir de ahí se inicia un desarrollo normativo internacional, en el cual la igualdad como la no discriminación son consagrados en todos y cada uno de los instrumentos que se fueron adoptando tanto en el sistema interamericano como universal.

Un primer momento del desarrollo normativo del derecho internacional de los derechos humanos, está marcado por los instrumentos generales, es decir, que contemplan los derechos de los que son titulares todas las personas. Ejemplo de esta normativa son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),¹³ el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹⁴ en el ámbito de la ONU, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)¹⁵ en el marco de la OEA. Estos instrumentos contienen tres disposiciones que se refieren puntualmente a la discriminación y a la igualdad. La primera es una norma de carácter general que se refiere a la obligación de los Estados de garantizar las disposiciones contenidas en el tratado, sin discriminación alguna, incluyendo la discriminación por razones de sexo.¹⁶ La Corte Interamericana ha señalado respecto a esta obligación que "todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma."¹⁷

La segunda, el PIDCP y el PIDESC (pues no así el Pacto de San José),¹⁸ incluye disposiciones que se refieren a la obligación que tienen los Estados de asegurar a los hombres y mujeres el goce de todos los derechos que ahí se contemplan.¹⁹

y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral".

¹³ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966. Adhesión de México el 23 de marzo de 1981.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos Humanos. Adhesión de México el 24 de marzo de 1981.

¹⁶ Véase artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 2 párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y artículo 2 párrafo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁷ Opinión Consultiva, *op. cit.* 1, párrafo 53.

¹⁸ Este instrumento carece en su lenguaje de perspectiva de género, toda vez que en su preámbulo se refiere a los "derechos esenciales del hombre" y no a los derechos humanos de las personas.

¹⁹ Véase artículo 3 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La tercera disposición se refiere a la igualdad que tienen todas las personas frente a los tribunales y cortes de justicia²⁰ y la igualdad ante la ley.²¹ En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal", y por tanto se entiende que esta obligación "...se extiende al derecho interno de los Estados partes, de tal manera que es posible concluir que ... éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley".²²

Estos tratados al incluir la posibilidad de suspensión de algunos derechos humanos, prohíben que la suspensión esté fundada únicamente por razones de sexo.²³

Cabe resaltar que en ninguno de estos instrumentos se desarrolla lo que deberá entenderse por discriminación ni por igualdad. Para llenar este vacío, el Comité de Derechos Humanos, órgano de supervisión del PIDCP, desarrollo en 1989,²⁴ diez años después a la adopción del Pacto, una definición de lo que debía entenderse por discriminación: "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas".²⁵ Esta definición retoma las definiciones de discriminación por razones de raza y por razones de sexo desarrolladas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial²⁶ y la Convención

²⁰ Véase artículo 14 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8 del Pacto de San José.

²¹ Véase artículo 24 del Pacto de San José.

²² Opinión Consultiva, *op. cit.* 1 párrafo 54.

²³ Véase artículo 4 párrafo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27 del Pacto de San José.

²⁴ Órgano que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General número 18, párrafo 7.

²⁶ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Ratificada por México el 20 de febrero de 1975.

sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer²⁷ (CEDAW por sus siglas en inglés).

Posteriormente a este desarrollo normativo general, en donde los titulares de los derechos ahí enunciados son tanto hombres como mujeres, la comunidad internacional empezó a darse cuenta de la necesidad de desarrollar la norma jurídica a partir de ciertos sujetos en especial, con la finalidad de dar las respuestas necesarias para lograr que las personas pudieran ejercer sus derechos de manera plena. Es así como se inicia el desarrollo de instrumentos específicos o especializados que reconocen la necesidad de conferir a determinados grupos o sectores de la población, una protección especial y particular debido a la discriminación de la que han sido objeto. Algunos de estos instrumentos abordan problemáticas en particular como lo son la tortura²⁸ y la desaparición forzada;²⁹ mientras que otros instrumentos se refieren a la protección puntual de poblaciones particulares como son las personas migrantes, las y los niños³⁰ y las personas con discapacidad,³¹ entre otras.

Uno de los instrumentos específicos que se desarrollan en el marco de la ONU es la CEDAW. Vale la pena destacar la diferencia de esta convención con el resto de los tratados específicos, ya que ésta desarrolla medidas para prevenir y erradicar la discriminación en contra de más de la mitad de la población del mundo independientemente de si son entre otras: mujeres con discapacidad, migrantes o menores de edad. Es decir, esta convención reconoce que los instrumentos generales no fueron capaces de dar respuesta a la discriminación vivida por la mayoría de las personas,³² a diferencia de las específicas antes mencionadas que se refieren a poblaciones en particular ya sean hombres o mujeres.

²⁷ Adoptada por la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 34/180, el 18 de diciembre de 1979. México ratificó este instrumento el 23 de marzo de 1981.

²⁸ Véase Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Ratificada por México el 23 de enero de 1986.

²⁹ Véase Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada el 20 de diciembre de 2006. Ratificada por México el 18 de marzo de 2008.

³⁰ Véase Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989. Ratificada por México el 21 de septiembre de 1990.

³¹ Véase Convención sobre las Personas con Discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006. Ratificada por México el 17 de diciembre de 2007.

³² Véase Rebecca Cook, *La responsabilidad del Estado según la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, en *Derechos Humanos de la Mujer, Perspectivas Nacionales e Internacionales*, editado por Rebecca J. Cook. Profamilia 1997, Bogotá, Colombia, páginas 226-253.

Si bien la normativa internacional desde sus orígenes incluyó el derecho a la igualdad y a la no discriminación, y puntualmente se incluyó la necesidad de eliminar la discriminación por motivos de sexo, la normativa no desarrolló lo que debió entenderse por discriminación ni igualdad, dejando por tanto al arbitrio lo que debía entenderse por discriminación por razones de sexo. Esto se tradujo en que varios Estados parte de los distintos instrumentos no tomaran las medidas necesarias justamente para prevenir y eliminar esta discriminación. Incluso, en muchas ocasiones, los propios Estados permitieron conductas discriminatorias justificándolas en situaciones sociales o culturales arraigadas en las distintas sociedades.

2. Definiciones: Igualdad y no discriminación contra de las mujeres

No fue hasta que se adoptó la CEDAW, que se contó con una definición de lo que debía entenderse por discriminación contra las mujeres en el ámbito internacional. El artículo primero de la CEDAW establece que la expresión discriminación contra la mujer:

...denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

No existe otra definición similar a nivel internacional que abarque de manera integral la discriminación. Esta convención se fundamenta en la doble obligación de los Estados de eliminar la discriminación y de asegurar la igualdad. Si bien el propio texto de la CEDAW no desarrolla lo que deberá entenderse por igualdad, su órgano de vigilancia, el Comité de la CEDAW, desarrolla lo que deberá entenderse por igualdad sustantiva.³³ Para este Comité, la igualdad sustantiva va

³³ Comité de la CEDAW, Recomendación General número 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal. Adoptada en su 30 periodo de sesiones (2004). Disponible en: [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf)

más allá de la igualdad formal y supera un enfoque jurídico puramente formal,³⁴ resaltando la necesidad de que las mujeres tengan las mismas oportunidades desde un primer momento y dispongan de un entorno que les permita conseguir la igualdad de resultados. Esta definición rescata también la insuficiencia de garantizar a las mujeres un trato idéntico al de los hombres, pues deben también tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre las mujeres y los hombres y las diferencias que la sociedad ha construido.

Partiendo de la definición que establece la convención, se contemplan tres niveles de obligaciones para los Estados partes respecto a la eliminación de la discriminación contra la mujer.³⁵ En primer nivel se refiere a que no exista discriminación ni directa ni indirecta en la legislación y que se cuente con las medidas de protección necesarias en el ámbito público como en el privado. El segundo se refiere a la obligación de mejorar la situación de facto de las mujeres a través de políticas y programas concretos y eficaces. Y la tercera se relaciona con la obligación de los Estados de hacer frente a los estereotipos basados en el género que aún persisten y que afectan principalmente a las mujeres.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado lo establecido por la CEDAW señalando que la igualdad formal no garantiza la eliminación de instancias de discriminación en la realidad, pero recalca que su reconocimiento permite impulsar transformaciones en la vida social, reclamando la autoridad del derecho. La Comisión establece que el compromiso con la igualdad no debe limitarse al logro de la igualdad legal, sino que también debe abarcar todas las instituciones sociales, tales como la familia, el mercado y las instituciones políticas.³⁶ Es en este sentido que la Comisión señala que la definición desarrollada por la CEDAW, cubre toda diferencia de tratamiento por razón de sexo que:³⁷ a) de manera intencional o no intencional, ponga a la mujer en desventaja; b) impida el reconocimiento, por

³⁴ *Ibidem*, párrafo 8.

³⁵ *Ibidem*, párrafos 6 y 7.

³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, *op. cit.* 2, párrafo 97.

³⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100 Doc. 17, 13 de octubre de 1998.

toda la sociedad, de los derechos de la mujer en las esferas públicas y privadas; o c) impida que la mujer ejerza sus derechos.

La CEDAW es el primer instrumento internacional de derechos humanos que reconoce que la cultura, las tradiciones y/o la religión, pueden tener importancia en el comportamiento de todas las personas y cumplen un papel significativo en el ejercicio de los derechos de las mujeres. Es la primera convención que incluye un análisis más allá de lo jurídico, y considera aspectos sociales, antropológicos, y otros desde una perspectiva feminista, para dar la respuesta necesaria a las desigualdades entre mujeres y hombres. Para que los Estados logren alcanzar la igualdad sustantiva de las mujeres, deberán tomar las medidas necesarias para "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres".³⁸

Como se ha visto hasta ahora, el término género prácticamente no ha sido retomado por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Más bien, estos instrumentos poco a poco han ido desarrollando lo que debe entenderse por discriminación y por igualdad entre mujeres y hombres, suponiendo que la finalidad de esto es lograr incorporar una perspectiva de género en el derecho internacional de los derechos humanos.³⁹ Lo que sí se puede es afirmar que la CEDAW tanto en su texto como las interpretaciones que se han hecho por su Comité, incorporan un enfoque de género que ha permitido paliar las desigualdades entre

³⁸ Artículo 5, inciso a) de la CEDAW.

³⁹ Los únicos instrumentos que han incorporado como tal el término "género" son la Convención para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres al definir la violencia contra la mujer en su artículo 1o. como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado", y el Estatuto de la Corte Penal Internacional al referirse que podrán constituir crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable. Lo han incluido también algunas Declaraciones y Plataforma de Acción de Conferencias Mundiales como: Conferencias Mundial de la Mujer celebrada en Beijing (1995); la de Población y Desarrollo celebrada en El Cairo (1994); la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro (1992) en donde se adoptó el compromiso de abordar explícitamente aspectos relativos al género en la Agenda 21, Plataforma de la Cumbre de la Tierra para futuras acciones; la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de Copenhague (1995), en donde el género fue el eje de todas las estrategias para lograr el desarrollo social, económico y la conservación del medio ambiente.

personas de diferente sexo. El único instrumento internacional de derechos humanos que ha incluido una definición de género es el Estatuto de la Corte Penal Internacional, sin embargo la misma es demasiado simple pues señala que "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad.⁴⁰

Con la intención de garantizar una perspectiva de género en la aplicación de los derechos humanos, el Comité de Derechos Humanos ha desarrollado unos lineamientos,⁴¹ que analizan artículo por artículo del PIDCP interpretándolos desde una perspectiva de género. Esto toda vez que el propio Pacto se refiere de manera general a la obligación de los Estados de garantizar los derechos en condiciones de igualdad a mujeres y hombres, sin indicar puntualmente qué tipo de medidas diferenciadas son necesarias tomar para garantizar esta igualdad. Así, los Estados deberán enviar información al Comité que le permita valorar el ejercicio de los derechos contenidos en el Pacto por parte de las mujeres. Algunos ejemplos de la información que solicita el Comité a los Estados incluye datos estadísticos sobre la prevención de embarazos no deseados y para que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que pongan en peligro su vida,⁴² sobre la violencia incluida la violación,⁴³ sobre las que medidas que se han tomado para erradicar las tradiciones, historia prácticas culturales y actitudes religiosas que comprometan o puedan comprometer el ejercicio de sus derechos, entre otras.⁴⁴

Adicionalmente al desarrollo normativo, es relevante mencionar la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos que tuvo lugar en 1993 en Viena, Austria, donde se reafirmó de manera explícita que los derechos humanos de las mujeres y las niñas son parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales,⁴⁵ reafirmando la universalidad de los derechos humanos así como la especificación de las mujeres como sujetas de derecho.

⁴⁰ Véase artículo 7, inciso 3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

⁴¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General número 28. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3): 29/03/2000. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10. Aprobada por el Comité en su 1834ª sesión (68 período de sesiones), celebrada el 29 de marzo de 2000.

⁴² *Ibidem*, párrafo 10.

⁴³ *Ibidem*, párrafo 11.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

Finalmente, vale la pena mencionar, que la igualdad entre mujeres y hombres ha recobrado tal relevancia internacional que incluso es uno de los ocho objetivos de desarrollo del milenio, el cual es clave para poder alcanzar las metas propuestas por los otros siete.⁴⁶

3. Diferencias que pueden justificarse

Para garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación, no se requiere en todo momento un trato idéntico entre las personas, y puntualmente entre mujeres y hombres. Esto significa que no todo trato diferenciado necesariamente violentaría estos derechos. El derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado criterios en donde están permitidos estas diferencias, las cuales no constituirán discriminación.

La Corte Interamericana ha señalado que "por lo mismo la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana".⁴⁷ Agrega además que las diferencias no pueden "apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana".⁴⁸ En el mismo sentido la Comisión Interamericana ha señalado que "se espera un tratamiento equitativo de la ley para hombres y mujeres, a menos que se hayan aducido motivos justos, legítimos y razonables imperiosos para justificar una diferencia de tratamiento".⁴⁹

⁴⁶ En septiembre de 2000, basada en un decenio de grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas, los dirigentes del mundo se reunieron en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, para aprobar la Declaración del Milenio, comprometiéndolo a sus países con una nueva alianza mundial para reducir los niveles de extrema pobreza y estableciendo una serie de objetivos sujetos a plazo, conocidos como los objetivos de desarrollo del Milenio y cuyo vencimiento del plazo está fijado para el año 2015. El objetivo 3 señala: Promover la igualdad entre los sexos y el empoderamiento de la mujer.

⁴⁷ Opinión Consultiva, *op. cit.* 1, párrafo 56.

⁴⁸ Opinión Consultiva, *op. cit.* 1, párrafo 57.

⁴⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Fondo, No. 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párrafo 36. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Guatemala11.625.htm>

Por su parte, Comités de Naciones Unidas también se han referido a la posibilidad de que existan diferencias en el trato entre las personas que puedan justificarse. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en todas circunstancias,⁵⁰ y que si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del PIDCP.⁵¹

Lo establecido por los sistemas universal e interamericano es confirmado por el sistema europeo de protección de derechos humanos, ya que la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable".⁵² Esta misma Corte ha señalado que dado que el avance de la igualdad de los sexos es hoy un objetivo muy importante y que por tanto "tendrían que mediar razones de mucho peso" para justificar una distinción basada únicamente en razones de sexo.⁵³

Es relevante mencionar que además de que existen diferencias que pueden ser justificadas, incluso hay ocasiones en donde los Estados tienen la obligación de tomar medidas específicas para dar un trato preferencial a un sector de la población, buscando reducir o eliminar las condiciones que origina o facilitan la discriminación. Estas medidas, en cuanto son correctivas son una diferenciación legítima.⁵⁴

Puntualmente, el Comité de la CEDAW, señala que para garantizar la igualdad sustantiva, en ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias.⁵⁵ La CEDAW incluye

⁵⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General número 18, No discriminación, 37o. periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), párrafo 8.

⁵¹ *Ibidem*, párrafo 13.

⁵² Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva, *op. cit.* 1, citando a la Corte Europea de Derechos Humanos, *Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits)*, judgment of 23rd July 1968, pág. 34]

⁵³ Véase, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos., *Karlheinz Schmidt v. Alemania*, Ser. A No. 291-B, 18 de julio de 1994, párrafo 24, citando *Schuler-Zraggen v. Suiza*, Ser. A No. 263, 24 de junio de 1993, párrafo 67, *Burghartz v Suiza*, Ser. A No. 280-B, 22 de febrero de 1994, párrafo 27.

⁵⁴ *Ibidem* párrafo 10.

⁵⁵ Comité de la CEDAW, Recomendación General número 25, *op. cit.* 33.

la obligación de que los Estados adopten, impulsen e implementen medidas especiales de carácter temporal para garantizar esta igualdad.⁵⁶

4. La igualdad en el matrimonio

Las obligaciones de los Estados con respecto a las relaciones matrimoniales consisten en tomar las medidas necesarias para garantizar la igualdad y la adecuada equivalencia de responsabilidades entre los cónyuges durante el matrimonio y en casos de disolución del mismo.⁵⁷ En este sentido, tanto hombres como mujeres que se encuentre en una relación matrimonial deberán compartir responsabilidades, gozar de la misma capacidad jurídica, así como de la misma la autoridad que se ejerza dentro de la familia.

De acuerdo al Comité de Derechos Humanos, esta igualdad se aplica también a todas las cuestiones derivadas del vínculo matrimonial, como la elección de residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos y la administración de los haberes.⁵⁸ Esta igualdad es también aplicable a los arreglos relativos a la separación legal o la disolución del matrimonio.⁵⁹

Los Estados están obligados a adoptar todas las medidas que sean necesarias, incluyendo las legislativas y administrativas para garantizar la protección de la familia, incluyendo la protección de ambos conyuges dentro del matrimonio.⁶⁰

Algunos instrumentos se refieren a situaciones puntuales como lo son la nacionalidad de la mujer casada⁶¹ y la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de matrimonios,⁶² situaciones en donde la comunidad internacional ha detectado que las mujeres han sido victimas recurrentes de violaciones a sus derechos humanos.

⁵⁶ Véase artículo 4 de la CEDAW.

⁵⁷ Véase artículo 17.4 del Pacto de San José y artículo 23 párrafo 4 del Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General número 19, Artículo 23-La familia, 39o. periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990), párrafo 3.

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ *Idem.*

En los casos de disolución del matrimonio, imperan también los principios de igualdad y no discriminación en lo que respecta a "los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, la custodia de los hijos, los gastos de manutención o pensión alimentaria, el derecho de visita, y la pérdida y la recuperación de la patria potestad, teniendo en cuenta el interés primordial de los hijos a este respecto".⁶³

a. Administración de los bienes dentro del matrimonio

La normativa internacional de derechos humanos ha establecido claramente que los hombres y mujeres deben tener la misma capacidad jurídica, independientemente de si se encuentran en una relación matrimonial o no. En este sentido por ejemplo, el Pacto de San José es específico al señalar que la mujer "debe merecer la misma capacidad jurídica que los hombres en los asuntos civiles, en particular respecto de la concertación de contratos y la administración de bienes, y las mismas oportunidades para ejercer esa condición".⁶⁴ La CEDAW establece que los Estados partes deben de reconocer a la mujer "en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades de ejercerla. En particular, le reconocerán la igualdad de derechos para firmar contratos y administrar bienes...".⁶⁵

Puntualmente dentro del matrimonio, la igualdad entre cónyuges también ha sido explícitamente garantizada. Existe la obligación por parte de los Estados de adoptar toda las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, y en particular se refiere en materia de bienes a la igualdad para adquirir,

⁶¹ Véase Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 1040 (XI), del 29 de enero de 1957. Adhesión de México el 4 de abril de 1979 y Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer, suscrita en la Séptima Conferencia Internacional Americana, Montevideo, Uruguay, diciembre 3-26, 1933. Ratificada por México el 27 de enero de 1936.

⁶² Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios. Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 1763 A (XVII), del 7 de noviembre de 1962. México ratificó este instrumento el 22 de febrero de 1983.

⁶³ Comité de Derechos Humanos, Observación General número 19, *op. cit.* 58, párrafo 9.

⁶⁴ Artículo 15.2 de la CEDAW.

⁶⁵ *Idem.*

gestionar, administrar, gozar y disponer de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.⁶⁶

El negar a las mujeres el administrar bienes o celebrar cualquier tipo de contrato, o requerir el consentimiento del marido o algún pariente varón, constituye una negación a su autonomía jurídica.⁶⁷ Es por eso que las legislaciones no pueden establecer restricciones al ejercicio de los derechos de las mujeres, limitando su capacidad jurídica o bien permitiendo que otras personas o instituciones restrinjan esta capacidad. En caso de que estas limitaciones existieran, se estaría negando su derecho a la igualdad con el hombre y limitando su capacidad de proveer a sus necesidades y las de sus familiares a cargo".⁶⁸

Uno de los casos más emblemáticos analizado por mecanismos de protección de derechos humanos, que analiza violaciones a los derechos de las mujeres casadas, es el de María Eugenia Morales de Sierra contra Guatemala resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2001.⁶⁹ Este caso analiza disposiciones del Código Civil de Guatemala en donde se definen el papel de cada cónyuge dentro del matrimonio confiriéndole al marido la representación conyugal, estableciendo algunas instancias excepcionales en las que esta autoridad puede ser ejercida por la esposa; se faculta al esposo para administrar el patrimonio conyugal; se señala que la mujer casada sólo puede ejercer una profesión o tener un empleo cuando ello no perjudique sus funciones de madre y ama de casa, pudiendo el esposo oponerse a las actividades fuera del hogar de la mujer toda vez que la sustente y tenga razones justificadas; confiere al marido la responsabilidad primaria de representar a los hijos de la unión matrimonial y de administrar sus bienes y se exime a la mujer, por virtud de su sexo, del ejercicio de ciertas formas de tutela.

⁶⁶ Véase artículo 16 apartado h) de la CEDAW y Comité de Derechos Humanos, Observación General número 28, *op. cit.* 41, párrafo 26.

⁶⁷ Comité de la CEDAW, Recomendación General número 21, La Igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, adoptada en el 13o. periodo de sesiones, 1994, párrafo 7.

⁶⁸ *Ibidem*, párrafo 8.

⁶⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra contra Guatemala, *op. cit.* 50.

La argumentación de la peticionaria señala que estas disposiciones la colocan en situación de subordinación jurídica de su marido y no le permiten ejercer control sobre aspectos importantes de su vida.

Estas disposiciones fueron refutadas frente a la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, quien dictaminó a favor de la legislación, señalando que ofrecían certeza jurídica en la asignación de las funciones dentro del matrimonio.

La Comisión Interamericana resolvió que las disposiciones del Código Civil constituían conductas discriminatorias al hacer una distinción entre los derechos para administrar bienes entre hombres y mujeres dentro del matrimonio.

b. Custodia de las y los hijos

Respecto a la custodia de hijos e hijas, el derecho internacional de los derechos humanos se refiere a dos obligaciones que los Estados están obligados a garantizar. Por un lado a la igualdad de los cónyuges en la disolución de los matrimonios y en segundo lugar al referirse al interés superior del niño.

Las causales de divorcio y anulación deben ser iguales para hombres y mujeres. Esta igualdad deberá también ser garantizada en las decisiones relacionadas con esta disolución, incluyendo la protección de los hijos.⁷⁰ Por tanto, los Estados partes deben cerciorarse de que el régimen matrimonial estipule la igualdad de derechos y obligaciones de los dos cónyuges con respecto a la custodia y el cuidado de los hijos.⁷¹

La obligación de los Estados de adoptar disposiciones relacionadas con la custodia y cuidado deberá asegurar la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos".⁷² La determinación de la necesidad de mantener contacto entre los hijos y el progenitor al que no se haya confiado su custodia debe obedecer a consideraciones de igualdad.⁷³

⁷⁰ Véase artículo 13, párrafo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁷¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General número 28, *op. cit.* 41, párrafos 25 y 26.

⁷² Véase artículo 17.4 del Pacto de San José.

⁷³ Comité de Derechos Humanos, Observación General número 28, *op. cit.* 41, párrafo 26.

La Convención sobre los Derechos del Niño, es muy clara al establecer que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño.⁷⁴ Asimismo, existe la obligación de los Estados de que se tomen todas las medidas necesarias, incluidas las legislativas para asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley.⁷⁵

Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en aras del interés superior del niño.⁷⁶

Otro derecho fundamental consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño es el que puedan expresarse, y formarse un juicio propio en función de la edad y su madurez. Esto incluye la posibilidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte,⁷⁷ incluyendo aquellos procedimientos relacionados con su guarda y custodia.

Asimismo, de acuerdo a esta convención, los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el "reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño", la preocupación fundamental deberá ser y será el interés superior del niño.⁷⁸ La adopción de una perspectiva basada en los derechos del niño, mediante la acción del gobierno, del parlamento y de la judicatura,⁷⁹ es necesaria para la

⁷⁴ Véase artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño.

⁷⁵ Véase artículo 3.2 de la Convención de los Derechos del Niño.

⁷⁶ Véase artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño.

⁷⁷ Véase artículo 2.1 de la Convención de los Derechos del Niño.

⁷⁸ Artículo 18.1 de la Convención de los Derechos del Niño.

⁷⁹ Comité de Derechos del Niño, Observación General número 5, 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, 27 de noviembre de 2003, párrafo 12.

aplicación efectiva de toda la Convención de los Derechos del Niño. Todos los órganos o instituciones legislativas, administrativas y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten.⁸⁰

En la jurisprudencia de los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos, se ha establecido que existen tres reglas fundamentales en relación con la familia y las igualdades de los conyugues dentro del matrimonio:⁸¹ a) la familia debe ser protegida, b) que deben adoptarse medidas para garantizar la igualdad de derechos de los cónyuges a la disolución del matrimonio, y c) deben tomarse disposiciones para asegurar a los hijos la protección necesaria. En este mismo caso, se hace un aporte fundamental al señalar que el concepto "familia" no se refiere exclusivamente al hogar familiar tal y como existe mientras dura el matrimonio y por tanto el divorcio no disuelve el vínculo que une a la madre o al padre a al hijo o la hija.⁸²

II. SENTENCIAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

1. Amparo directo en revisión 1529/2003⁸³

(sobre la custodia de los hijos)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió una sentencia respecto a un amparo directo en revisión, en contra del Juez Primero de lo Familiar del Distrito Judicial de Morelia, Michoacán. A través de este amparo, la Corte analizó los argumentos que se formularon en contra del artículo 310 del Código de Procedimientos Civiles de Michoacán, referente a la custodia y cuidado de los hijos menores de edad, en caso de no haber acuerdo entre los cónyuges.

⁸⁰ *Ibidem*, párrafo 12.

⁸¹ Véase caso del Comité de Derechos Humanos: Wim Hendrks *vs.* Países Bajos comunicación No. 201/1985, al interpretar tanto los párrafos 1 y 4 del artículo 23, párrafo 10.3.

⁸² *Ibidem*, párrafo 10.3.

A la letra dicho artículo señala:

Art. 310. Si los consortes tuvieren hijos menores de edad, se pondrán estos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado. En defecto de ese acuerdo, el Juez resolverá provisionalmente debido, en todo caso, quedar al cuidado de la madre los hijos menores de siete años.

Cualquiera reclamación de los consortes sobre el depósito de los hijos se substanciará y decidirá en juicio sumario.

El quejoso señala que dicho artículo viola los artículos 1, 4, 14 y 16 constitucional, argumentando lo siguiente: a) Resultan contrarios pues contiene una medida discriminatoria en contra de los varones, pues de acuerdo al precepto la mujer tiene derecho a la guarda y custodia exclusiva de sus hijos si estos son menores de siete años, b) Esta norma impide que el padre pueda gozar de la guarda y custodia de sus hijos sin que para ello exista un mecanismo por medio del cual el Juez pueda determinar quién es el más apto, mental y económicamente para ejercer esta custodia, c) Impide que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento y las leyes expedidas con anterioridad al hecho, toda vez que la norma combatida sólo toma en consideración el sexo, para determinar la guarda y custodia de los menores de siete años.

La Suprema Corte a través de esta sentencia, señala que este precepto no es violatorio de la garantía de igualdad. Argumenta que si bien es cierto se da un trato diferenciado entre hombres y mujeres, ello se debe a que "en circunstancias normales, el cuidado de la madre es lo más conveniente para los menores dadas las necesidades y limitaciones inherentes a su edad". La Corte señala que el artículo al mencionar "en todo caso", justamente deberá entenderse en circunstancias normales, pero no cuando se adviertan circunstancias que pudieran afectar al menor.

La Corte sustenta que la presunción de que la madre sea más apta y capacitada para tener bajo su cuidado a dichos menores, tiene sustento en la realidad social y la costumbre imperantes dentro del núcleo social nacional, en tanto casi siempre corresponde a la madre atención y cuidado.

Continua señalando que si bien efectivamente este precepto otorga preferencia a la madre para designarla como la persona que cuidara de los menores no es una deposición ineludible ni absoluta, pues el Juez cuenta con la potestad de designar diversa persona, si advierte que se encuentra en riesgo la estabilidad emocional o la salud del menor, ya que rige el principio de salvaguardar siempre el interés superior del menor y, en ese sentido, el Juez tiene la prerrogativa de valorar las circunstancias particulares.

La Corte agrega que si bien lo más benéfico para el desarrollo físico emocional y su estabilidad psicológica de los hijos, pudiera ser que queden bajo el cuidado de la madre, tal disposición debe aplicarse en forma moderada y no indiscriminadamente en todos los casos pues resulta patente que es el deber del juzgador el tomar en cuenta ante todo el interés del menor sobre cualquier otro aspecto. Los intereses de quienes reclaman su custodia, a pesar de existir, son secundarios.⁸⁴

2. Amparo directo en revisión 1184/2003⁸⁵

(sobre la administración de los bienes dentro del matrimonio)

A través de este amparo en contra de una sentencia de la Segunda Sala Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Hidalgo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, analiza un artículo del Código Civil del Estado de Hidalgo relacionado con la administración de los bienes en el matrimonio.

El artículo 220 del Código Civil para el Estado de Hidalgo, vigente hasta el 8 de noviembre de 1983, establece a la letra: La mujer sólo puede administrar por consentimiento del marido o en ausencia o impedimento de éste.

⁸³ Del 9 de junio de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Andrea Nava Fernández del Campo.

⁸⁴ Véase ponencia de Mónica González Contró, presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, dentro del Congreso Internacional de la Familia celebrado en el año 2005, en donde señala que la custodia de los hijos no deriva de un derecho de los padres, sino que es un derecho del niño al cual corresponde una obligación correlativa en los procreadores. Señala además que cuando los derechos del niño y de los padres entran en conflicto, el derecho del niño debe prevalecer.

⁸⁵ Del 22 de octubre de 2003. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Bonilla López.

La quejosa establece que esta disposición resulta discriminatoria por razones de género y a la igualdad entre el varón y la mujer, estableciendo discriminatoriamente un derecho a favor del hombre en menoscabo de la esfera jurídica de la mujer.

La Corte establece que el mencionado precepto viola la garantía de igualdad prevista en los artículos 1o., tercer párrafo y 4o., primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos "ya que coloca a la mujer casada en un plano de desigualdad en relación con su cónyuge, al impedirle ejercer un derecho que éste sí puede disfrutar, menoscabando la esfera jurídica de una en favor del otro, y sin que dicha distinción tenga base objetiva alguna". La Corte reafirma entonces que el precepto impone un trato discriminatorio e injustificado entre el hombre y la mujer casada, debiendo estos gozar de los mismos derechos.

La Corte señala como violentado el artículo primero que consagra el principio de igualdad jurídica, el tercer párrafo de este artículo que proscribe la discriminación por razones de género en tanto anula o menoscaba los derechos y libertades de las personas. Asimismo, respecto al artículo cuatro primer párrafo, lo considera violentado pues se refiere a la igualdad entre varones y mujeres ante la ley lo que significa que se garantiza que ambos gocen de los mismos derechos y obligaciones en igualdad de circunstancia.

La Corte agrega algo trascendental que es el hecho de que todas estas garantías individuales constituyen un mandamiento para la autoridad estatal, señalando especialmente a la legislativa en los niveles federal y local, en el sentido de "no obrar de forma tal que su actuación signifique un trato discriminatorio en atención al sexo de las personas, trato que implique el menoscabo de derechos de unos frente a otros". En este mismo sentido, la Corte establece que:

... las autoridades legislativas del orden federal y del local, el mandamiento constitucional derivado de los artículos 1 y 4 les impone la obligación de que sus leyes respeten la igualdad jurídica entre hombres y mujeres en contrapartida, les impone la prohibición de emitir leyes que resulten discriminatorias en razón del sexo y anulen, por ello, la garantía a la igualdad de derechos...

La Corte señala, que si bien dicho precepto ya no está vigente, si fue aplicado a la quejosa en la sentencia reclamada y se le ocasionó un perjuicio "debe concederse a la quejosa el amparo y protección de la justicia federal, para el efecto de que la autoridad responsable deje insubsistente la sentencia reclamada en este aspecto específico y en su lugar dicte otra en la que, sin tomar en cuenta el artículo 220 en cuestión, estudie los agravios sobre el particular y resuelva con plenitud de jurisdicción".

III. ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD Y CONCLUSIONES

1. Amparo directo en revisión 1529/2003 *(sobre custodia de los hijos)*

En la sentencia sobre este amparo, la Corte señala que el precepto del Código de Procedimientos Civiles de Michoacán no constituye violación al derecho a la igualdad, centrándose en la argumentación del interés superior del niño. En este sentido, se podría confirmar que la sentencia de la Corte está acorde con el derecho internacional de los derechos humanos, pues justamente es este el interés superior el que la normativa internacional señala debe prevalecer siempre que se trate de la custodia de los hijos.

Sin embargo, a pesar de que se busca garantizar el interés superior del niño, y que la Corte incluso hace mención a la Convención sobre los Derechos del Niño, la argumentación que desarrolla la Corte no necesariamente va en este sentido, pues los argumentos no son claros respecto a que el interés superior del hijo se garantizará de mejor manera si queda bajo el cuidado de la madre y no del padre.

Tal como lo señala la Corte, este precepto no significa una regla que el juzgador tenga que adoptar ineludiblemente en todos los casos, pues el juzgador llevará a cabo un análisis que le permita valorar la conveniencia de que la custodia se le otorgue a la madre o al padre. Sin embargo, también es cierto que el fallo confirma que es correcto que para garantizar el interés superior del niño, se parte de la premisa de que las mujeres serán las más competentes para el cuidado de los

hijos en caso de no haber acuerdo entre los cónyuges. Es esta premisa la que no pareciera ser justificable a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien es real que el argumento que esgrime la Corte sobre la situación actual del país en donde en la mayoría de los casos son las mujeres las que quedan al cuidado de los hijos, esto no significa que las instituciones del Estado no tengan la obligación de contribuir a modificar justamente situaciones de discriminación en donde se reafirman estereotipos de género. El caso del cuidado de los hijos en México se ha adjudicado socialmente a las mujeres y legislaciones como la de Michoacán, en lugar de presentar una oportunidad para contribuir a cambiar esta situación, reafirman que son las mujeres las que deben quedar al cuidado de los hijos aunque sea de manera temporal.

El derecho internacional no hace referencia alguna a que deberá en ciertas circunstancias presumirse que la mujer es la más apta para garantizar la custodia y cuidado de los hijos, sino que en todo momento refiere a la responsabilidad compartida entre cónyuges en esta materia.

2. Amparo directo en revisión 1184/2003

(sobre la administración de los bienes dentro del matrimonio)

Es evidente que un artículo que disponga que las mujeres únicamente pueden administrar los bienes de la sociedad conyugal con el consentimiento del marido o en ausencia de éste promueve un trato desigual e injustificado en detrimento de los derechos de las mujeres, reforzando patrones de género en donde no se reconoce a la mujer como persona autónoma con capacidad de gobernar también el patrimonio común.

Como bien señaló la Corte, el Código Civil de Hidalgo es contrario al principio de igualdad entre los cónyuges, anulando la capacidad jurídica de la mujer casada dentro del orden jurídico interno. Las disposiciones de este código a la luz del derecho internacional de los derechos humanos contravienen sin duda derechos fundamentales como la igualdad a la protección ante la ley y la capacidad jurídica de las mujeres.

El fallo de la Suprema Corte está armonizado con los estándares internacionales de derechos humanos, toda vez que las disposiciones del Código Civil de Hidalgo, de ninguna manera están basados en criterios razonables y objetivos que persiga un propósito legítimo y que emplea medios proporcionales al fin que se busca.⁸⁶

El análisis que hace la Corte se asemeja mucho a las disposiciones analizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso ya mencionado de María Eugenia Morales de Sierra en contra de Guatemala en donde se considera que distinciones como la de limitar la capacidad de administrar bienes a las mujeres dentro del matrimonio, constituyen violaciones basadas en el sexo y/o género que no pueden justificarse.

La capacidad tanto de hombres como de mujeres para la administración de bienes no puede variar simplemente por el sexo de la persona. El derecho de la mujer a la propiedad, la administración y la disposición de los bienes es fundamental para que pueda tener independencia económica.

⁸⁶ Véase, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.* 52, pág. 34, párr. 10.



*Derechos de las mujeres:
participación política*

MARIANA MUREDDU GILABERT*

* Magistrada representante del Gobierno Federal en la Séptima Sala del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.

I. OBJETIVO

El objetivo del presente trabajo se circunscribe en analizar algunas de las más relevantes sentencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las que se ha examinado la equidad de género en materia de derechos políticos de las mujeres, a la luz de los estándares internacionales. A partir del examen, se busca determinar el grado de avance que México ha tenido en la materia, así como revisar los elementos que podrían ayudar a que el trato desigual entre hombres y mujeres fuera desapareciendo en el ámbito de su participación pública.

II. MARCO TEÓRICO Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

A mediados del siglo XVIII mujeres como Josefa Amar, una ilustrada española empieza a plantear, a través de su libro *Discurso sobre la educación física y moral de las mujeres*, cuestiones tendentes a reivindicar la igualdad de la mujer frente al hombre. En Inglaterra Mary Wollstonecraft escribió el libro *Vindicación de los*

Derechos de la Mujer, en el que también hacía referencia a la necesidad de que las mujeres tuvieran acceso a la educación para poder alcanzar un plano de igualdad con respecto a los hombres, a fin de desarrollar su independencia económica accediendo a actividades remuneradas. Sin embargo, no fue sino hasta la Revolución Francesa en 1789, que la voz de las mujeres se empezó a expresar colectivamente. Entre los ilustrados franceses que elaboraron el programa ideológico de la Revolución, destaca la figura de Condorcet, quien en su obra *Bosquejo de una tabla histórica de los progresos del Espíritu Humano*, reclamó el reconocimiento del papel social de la mujer.

Paradójicamente, tras el triunfo de la Revolución Francesa, cuya justificación se basaba en la idea universal de la igualdad natural y política de los seres humanos, surgió una contradicción ideológica, pues negaba el acceso de las mujeres a los derechos políticos, lo que en realidad significaba negar su libertad y su igualdad respecto al resto de los individuos.

A raíz de lo anterior, la autora y activista revolucionaria Olimpia de Gouges publicó en 1791, la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, que en estricto sentido establecía lo mismo que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano respecto de las mujeres. Siguiendo como base el documento originario de la Revolución, la autora denunciaba que se hubieran olvidado de los principios revolucionarios de libertad e igualdad a las mujeres. Así, afirmaba que "la mujer nace libre y debe permanecer igual al hombre en derechos" y que "la Ley debe ser expresión de la voluntad general; todas las ciudadanas y los ciudadanos deben contribuir, personalmente o por medio de sus representantes, a su formación".

El programa de Gouges era claro. Pretendía que existiera libertad, igualdad y derechos políticos, especialmente el derecho del voto para las mujeres. Sin embargo, el planteamiento feminista no era compartido por los varones que dirigían la Revolución, ni siquiera entre los más radicales. El encarcelamiento y ejecución de Olimpia de Gauges, durante el periodo de la dictadura jacobina simbolizó el fracaso de las reclamaciones feministas durante la Revolución Francesa. A partir de aquel momento, en Europa Occidental y Norteamérica se inició un movimiento,

el "feminismo", que luchó por la igualdad de la mujer y su liberación. Durante ese periodo, el principal objetivo del movimiento de las mujeres fue la consecución del derecho de voto, con lo que nació el movimiento sufragista.

Actualmente, la igualdad de derechos de las mujeres es un principio de las Naciones Unidas. El preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas establece como uno de los principales objetivos la reafirmación de la "fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y valor de la persona, en la igualdad de derechos entre hombres y mujeres". El artículo 1o. de dicho instrumento proclama que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es conseguir la cooperación internacional para promover y animar el respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales para todos, sin distinción, entre otras cosas, del género. Según los términos de la Carta, que es el primer instrumento internacional en referirse específicamente a los derechos humanos y a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, todos los miembros de las Naciones Unidas están legalmente obligados a luchar por la plena realización de todos los derechos humanos, incluyendo el objetivo de lograr la igualdad entre hombres y mujeres. La Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama el derecho de todo ser humano a la igualdad ante la ley y al disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales sin distinción de ninguna clase y procede a incluir el "género" entre las categorías que no deben servir de motivo de discriminación.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos vigentes a partir de 1966, dan a los principios de la Declaración una forma legal vinculante y determinan claramente que los derechos establecidos en ésta son aplicables a todas las personas, sin distinción de ninguna clase y de nuevo, cita expresamente el "género" como una de las categorías que deben fundamentar dicha distinción. Además, cada Pacto obliga específicamente a los Estados que lo ratifican o adoptan a que se encarguen de asegurar que hombres y mujeres tengan un derecho igual al disfrute de los derechos que establecen.

Originalmente, la Declaración Internacional de Derechos Humanos, junto con otros tratados de derechos humanos similares, establecían un conjunto de

derechos de los que todas las personas, incluidas las mujeres, pueden disfrutar. Sin embargo, tales tratados resultaron no ser suficientes para garantizar el disfrute de los derechos de las mujeres internacionalmente reconocidos, y con motivo de ello se instauró la Comisión para el Estatus de la Mujer (CSW), a través de la cual se hicieron un número importante de declaraciones y convenciones que protegían y promovían los derechos humanos de las mujeres.

La CSW fue originalmente creada en 1946 como una Subcomisión de la Comisión de Derechos Humanos, pero rápidamente se ganó el estatus de comisión, dada la presión ejercida por las mujeres activistas. Entre 1949 y 1959 la Comisión elaboró la Convención de Derechos Políticos de las Mujeres, adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1952; la Convención de la Nacionalidad de las Mujeres Casadas, adoptada por la Asamblea el 29 de enero de 1957; la Convención sobre el Consentimiento Matrimonial, la Edad Mínima para el Matrimonio y el Registro de Matrimonios, adoptada el 7 de noviembre de 1962, y la Recomendación sobre el Consentimiento Matrimonial, la Edad Mínima para el Matrimonio y el Registro de Matrimonios, adoptada el 10 de noviembre de 1965. Cada uno de estos instrumentos protegía y promovía los derechos de las mujeres en áreas en las cuales la Comisión consideraba que dichos derechos eran especialmente vulnerables y que en áreas diversas a las señaladas, se encontraban suficientemente protegidos a través de los tratados de derechos humanos generales.

No obstante lo anterior, en la década de los sesentas surgió en el mundo una nueva conciencia de las formas de discriminación contra las mujeres y el incremento de organizaciones comprometidas a combatir los efectos de dicha discriminación. Ello dio lugar a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1979.

A raíz de lo anterior, la condición jurídica y social de la mujer, actualmente, recibe la más amplia atención. Desde la aprobación en 1952 de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, no ha cesado el interés por los derechos fundamentales de la mujer en cuanto a su participación en la vida política. De ahí

que disposiciones sobre este particular se hayan vuelto a incluir en su artículo 7, que garantiza a la mujer el derecho al voto, a ocupar cargos públicos y a ejercer funciones públicas.

Ahora bien, como el presente estudio se refiere a los derechos políticos de las mujeres y al grado de protección y desarrollo que han llegado a tener en nuestro país, resulta indispensable remitirnos al artículo 7o. de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer que señala:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizando, en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a:

- a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas;
- b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales;
- c) Participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.

No son menos importantes que el precepto anterior sus artículos 1o., 2o. y 3o., en los que se señala, por un lado, lo que debe entenderse como discriminación en contra de la mujer, y, por otro, las obligaciones de los Estados firmantes de adoptar e implementar todas las medidas necesarias para que no sigan ocurriendo actos discriminatorios, tanto en el ámbito público como privado, en contra de las mujeres.

En concreto los preceptos a los que nos referimos son los siguientes.

Artículo 1. A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular

el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Artículo 2. Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- f) Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
- g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Artículo 3. Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas

apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Ahora bien, el párrafo 1o. del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, señala:

Artículo 4. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato...

Por su parte, la Recomendación General No. 25, al referirse a este tipo de medidas especiales de carácter temporal o acciones afirmativas, establece que el alcance y significado del referido precepto debe determinarse en el contexto del objeto y fin general de la Convención, esto es, lograr la igualdad *de jure* y *de facto* entre el hombre y la mujer en el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de ambos. Así, sostiene que los Estados Partes en la Convención tienen la obligación jurídica de respetar, proteger, promover y cumplir con el derecho de no discriminación de la mujer y asegurar el desarrollo y el adelanto de la mujer a fin de mejorar su situación hasta alcanzar la igualdad tanto legal como social respecto del hombre.

Las obligaciones a cargo de los Estados Partes que derivan de la Convención y a que se refiere el documento en mención, pueden enunciarse de la siguiente manera:

1. Garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación que puedan cometer las autoridades públicas, los Jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares,

por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación.

2. Mejorar la situación *de facto* de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces.
3. Hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales, sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales.

Al respecto, resulta conveniente señalar que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en la Recomendación General que se está analizando, consideró que las medidas jurídicas o formales, a las que llama "igualdad sustantiva", no son suficientes para lograr la igualdad *de facto* con el hombre, de ahí que estima que la mujer debe tener las mismas oportunidades desde un primer momento y debe disponer de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados.

Es decir, para el Comité no es suficiente con garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre, pues también deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre ambos y las que la sociedad y la cultura han creado. Así, sostiene que en ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias, pues la situación de la mujer no mejorará mientras las causas subyacentes de la discriminación contra ella y de su desigualdad no se aborden de manera efectiva. Sostiene también que la vida del hombre y de la mujer debe enfocarse teniendo en cuenta su contexto y adoptándose medidas para transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente.

Lo anterior significa que no es necesariamente con los parámetros, legales, sociales y psicológicos actuales con los que se logrará obtener la igualdad entre las mujeres y los hombres, pues recordemos que éstos han sido establecidos con una

visión de superioridad masculina. Es por ello que tiene que irse dando un cambio integral que permita modificar tanto el marco legal de los países, como el enfoque de educación que se da a las comunidades, pues solo así podrá presentarse un cambio real tanto en los ámbitos laborales, sociales y familiares de los países participantes.

En efecto, las necesidades y experiencias permanentes determinadas biológicamente de la mujer deben distinguirse de otras necesidades que pueden ser el resultado de la discriminación pasada y presente cometida contra la mujer por personas concretas, de la ideología de género dominante o de manifestaciones de dicha discriminación en estructuras e instituciones sociales y culturales. Ello puede acarrear que conforme se vayan adoptando medidas para eliminar la discriminación contra la mujer, sus necesidades se modifiquen o hasta desaparezcan, al grado de que pudieran pasar a ser también necesidades tanto de la mujer como de los hombres.

No obstante lo anterior, resulta indispensable señalar que independientemente de las distintas Convenciones creadas para evitar la discriminación en contra de las mujeres, tanto en el ámbito público, como en el privado (familia), así como la tendencia de nuestro Alto Tribunal a emitir sus resoluciones con perspectiva de género, en la actualidad la diferencia sexual se encuentra inmersa en el pensamiento y en la práctica política. A pesar de que la actividad política institucional en países como el nuestro se centra en las democracias representativas, éstas se han desarrollado sin la participación de las mujeres y al margen de sus aportaciones, generando con ello la subsunción de las mujeres en la esfera de derechos creada en exclusiva por y para los hombres.

Lo anterior nos lleva a afirmar que existe una necesidad histórica y social de garantizar la igualdad de mujeres y hombres en el ámbito de la participación política (ámbito público), sin que ésta se encuentre contaminada con condicionamientos de cualquier índole, tales como edad, sexo, estado civil, escolaridad, condición social, etnia, preferencias sexuales, rasgos personales, capacidades diferentes, etcétera.

Es así como las entidades del poder político, en observancia de las distintas convenciones a las que pertenecen y a fin de abatir las diferencias en el ejercicio de los derechos políticos entre hombres y mujeres, establecen acciones institucionales para disminuir tal brecha. Para con ello, lograr a su vez, una serie de cambios sustantivos que forman parte de un proceso más general de democratización de las sociedades. Para ello, los Estados han ido implementando estrategias de promoción de la equidad de género en el ámbito de la participación política. Dentro de las principales encontramos a las acciones afirmativas, entendidas como medidas que otorgan un tratamiento especial a las personas o grupos que tienen algún tipo de desventaja social, política, etcétera, y cuya legitimación se funda en adoptar una noción de igualdad que contiene el reconocimiento de las diversas situaciones de desigualdad y discriminación de las mujeres que se derivan de su condición de género. Las cuotas de género son el ejemplo más característico de este tipo de medidas que, a su vez, implican transformaciones institucionales que tienden a una paridad en la representación política.

Ahora bien, las acciones positivas no son algo nuevo que se ha creado expresamente para paliar la desigualdad entre hombres y mujeres. Ya se pusieron en práctica, por ejemplo, en los años sesenta en Estados Unidos para erradicar las discriminaciones con las minorías o colectivos sociales excluidos. Se trata de las medidas que establece el texto de la CEDAW en el artículo 4 No. 1, que consiste en que los Estados adopten medidas encaminadas a acelerar la igualdad entre hombres y mujeres. Dichas medidas, por su propia definición, deben cesar en cuanto se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. La Convención establece expresamente que las medidas especiales de carácter temporal no se consideran discriminatorias. (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: 1979)

A este respecto, cabe señalar que la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) solicitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que realizara un análisis jurídico de la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa para promover la participación política de la mujer, incluyendo los sistemas de cuotas, con el principio de no discriminación por razones de género, las legislaciones nacionales y los instrumentos internacionales correspondientes. En respuesta

a tal consulta, la Comisión de referencia sostuvo que como ella misma lo ha establecido, de acuerdo con el amplio compromiso de reconocer los derechos fundamentales de todas las personas sin discriminación proclamado por la Carta de la OEA en su artículo 3(I), la Convención Americana (artículo 1) y la Declaración Americana (artículo II), el trato que de alguna manera discrimina con respecto al ejercicio de cualquier derecho protegido es incompatible con el régimen legal interamericano. Así, señala que para identificar un trato discriminatorio, es necesario comprobar una diferencia en el trato entre personas que se encuentran en situaciones suficientemente análogas o comparables, pero a la vez considera que tal y como lo ha señalado la Corte Interamericana, las diferencias en el trato en circunstancias que son, por lo demás similares, no son necesariamente discriminatorias.

Igualmente sostiene que una distinción basada en "criterios razonables y objetivos" puede ser en beneficio de un interés legítimo del Estado, o puede ser necesaria para que se haga justicia o para proteger a las personas que requieren de la aplicación de medidas especiales. Es así como se basa en lo sostenido por la Corte Interamericana que afirmó literalmente en la Opinión Consultiva OC-4/84, del 9 de enero de 1984, a la Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, que: "No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia...". Asimismo, señala que de acuerdo a lo sostenido por la propia CIDH, en el caso 11.625, María Eugenia Morales de Eugenia contra Guatemala, que: "...se espera un tratamiento equitativo de la ley para hombres y mujeres, a menos que se hayan aducido motivos justos, legítimos y razonables imperiosos para justificar una diferencia de tratamiento".

Continúa señalando la Comisión, que las distinciones previstas en la ley y basadas en criterios relativos a la condición, como, por ejemplo, la raza o el sexo, necesariamente dan lugar a un examen minucioso y que lo manifestado por la Corte y la Comisión Europeas es igualmente aplicable para América en el sentido de que "el fomento de la igualdad de los sexos es actualmente un objetivo primordial" y tendrían que argumentarse razones realmente de peso para justificar una distinción basada exclusivamente en el sexo.

Así, señala que para examinar la compatibilidad de las medidas especiales de acción afirmativa concebidas, por ejemplo, para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación consagrados en la Convención Americana y la Declaración Americana, es necesario plantearse los siguientes cuestionamientos:

- a) ¿Provoca la medida una diferencia en el trato que se sitúe dentro del campo de aplicación de la Convención Americana o Declaración Americana, respectivamente?
- b) Si lo hace ¿tiene esa diferencia en el trato un objetivo legítimo?
- c) ¿Son los medios empleados proporcionales al fin que se persigue? o dicho de otra forma ¿Hay un equilibrio razonable de intereses entre el fin que se persigue y cualquier restricción que se imponga sobre los derechos?
- d) Si se ha impuesto una restricción, ¿se ha impuesto la medida menos restrictiva posible para alcanzar el objetivo que se persigue?
- e) ¿Es el trato en cuestión arbitrario o injusto en cualquier caso?

Del resultado que se obtenga al responder las preguntas antes relacionadas, podremos determinar si hubo o no un trato discriminatorio injustificado; sin embargo, en opinión de la suscrita, debería agregarse una pregunta relativa a si se obtuvo efectivamente el objetivo perseguido, pues aun a veces en apariencia la ley da un trato igualitario a hombres y mujeres, en la práctica el trato discriminatorio en perjuicio de las mujeres no desaparece.

En ese mismo sentido, debe decirse que tanto las comunidades regionales como internacionales han reconocido que aunque exista una igualdad formal de derecho (el cual es un requisito previo fundamental para superar la discriminación), ésta no se traduce necesariamente en una igualdad en la práctica, pues si bien es cierto que en América las constituciones garantizan la igualdad entre la mujer y el hombre, la mujer sigue teniendo una representación minoritaria en prácticamente todos los aspectos de la vida política.

En efecto, ha quedado demostrado que las leyes y políticas "neutrales" en materia de género no necesariamente producen resultados neutrales, por lo que se estima que es necesaria la implementación de medias especiales para promover la igualdad de acceso de la mujer a la participación en la vida pública. Así, en los casos en los que la discriminación de derecho o de hecho restringe el pleno ejercicio por parte de la mujer de su derecho de participar en el gobierno, en asuntos públicos de su país o de acceder a puestos de trabajo, se deben implementar una serie de acciones concretas con las que se pueda cumplir con el deber de respetar y garantizar los derechos controvertidos, como son la adopción de medidas afirmativas o positivas para promover la participación de la mujer en la esfera política. Se considera que las referidas medidas deben ser parte de una estrategia de los Estados para lograr la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de los derechos y las libertades en todos sus ámbitos de actuación y si bien su duración está determinada por la obtención del objetivo, éstas deben mantenerse mientras no se haya conseguido la igualdad.

Las medidas deben considerarse especiales en tanto están dirigidas a alcanzar un objetivo específico y pueden consistir en instrumentos, políticas y prácticas, que pueden ser legislativas, ejecutivas, administrativas y reglamentarias; en definitiva, toda la amplia gama necesaria para acelerar el logro de la igualdad. (CEDAW: Recomendación General No. 25)

Con las medidas de referencia, se pretende que los Estados eliminen la discriminación contra las mujeres, lo cual significa: primero, que deben garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta en el ámbito público y privado; segundo, que deben mejorar la situación *de facto* de las mujeres; tercero, que deben "hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer."

Ahora bien, con la reforma sufrida al artículo 34 constitucional en 1953, por medio de la cual el legislador permanente reconoció a la mujer el derecho a votar y ser votada, en México ha existido una evolución legislativa en torno a la igualdad de los sexos ante la ley. Lo anterior, no sólo como el resultado de una tendencia mundial de reivindicación e integración de las mujeres a la sociedad,

sino con el propósito de elevar el nivel de desarrollo nacional en todos los sectores del país, fortaleciendo, a su vez, la construcción de una sociedad más justa e igualitaria, en el que los hombres y las mujeres gozaran de los mismos derechos y obligaciones, para lo cual facilitó la participación plena de la mujer en cuatro ámbitos esenciales:

- a) En el del proceso educativo;
- b) El del mercado laboral;
- c) La revalidación de la vida familiar, y
- d) Las estructuras públicas o políticas.

En el entorno antes referido, debe decirse que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en febrero de dos mil dos, al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 2/2002, ha señalado que el principio de igualdad del varón y la mujer ante la ley, que se encuentra de manera genérica contenida en la garantía individual prevista en el artículo 1o. constitucional, supone la existencia de una cierta y determinada situación en la cual se encuentra una pluralidad de sujetos y dentro de la cual tienen la capacidad de adquirir los mismos derechos y obligaciones.

La igualdad jurídica constituye el conjunto de posibilidades y capacidades imputables a cada sujeto o persona, e implica una prohibición respecto a la instauración de distinciones o diferencias entre los seres humanos en cuanto tales. Es decir, la igualdad como contenido de la garantía individual, se apoya en que todo individuo está colocado en una misma situación, quedando prohibido a la autoridad realizar cualquier discriminación por razones del género, entre otras y, en general, cualquier acción que atente contra la dignidad propia del ser humano y que tenga como consecuencia anular o menoscabar sus derechos y libertades.

No obstante, el principio de igualdad ante la ley no implica necesariamente que todos los individuos deben encontrarse siempre y en cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que se traduce en el derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato que aquéllos que se encuentran en similar situación de hecho.

Así, la noción abstracta de igualdad se ve permeada por las condiciones fácticas y sociológicas existentes, de tal forma que no siempre se puede dar el mismo trato a todos los individuos, sino que se trata de que a todos aquellos colocados en la misma situación jurídica se les trate igual, es decir, que para respetar el principio de equidad, debe darse un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. Lo anterior significa que no todo trato desigual es violatorio de garantías, sino solamente cuando produce distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales, sin que para ello exista una justificación razonable e igualmente objetiva. Por ello, a iguales supuestos de hecho corresponden similares situaciones jurídicas, pues en este sentido el legislador no tiene prohibición para establecer en la ley una desigualdad de trato, salvo que ésta resulta artificiosa o injustificada.

Es así, que se concluye que los rasgos esenciales que derivan de los principios de igualdad y de equidad son los siguientes:

1. El principio de equidad se configura como uno de los calores superiores del ordenamiento jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico de la producción normativa y de su posterior interpretación y aplicación.
2. No toda desigualdad de trato ante la ley implica vulnerar la garantía de equidad, sino que dicha violación la produce aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones jurídicas que pueden considerarse iguales, cuando dicha disparidad carece de una justificación razonable y objetiva.
3. El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho, se apliquen las mismas consecuencias jurídicas, debiendo considerarse desiguales dos supuestos de hecho, cuando la utilización de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional.
4. Dicho principio de igualdad no prohíbe al legislador establecer una desigualdad de trato, sino sólo aquéllas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no estar apoyadas en criterios razonables y objetivos, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados.

5. Para que la diferenciación resulte apegada a la Constitución, no basta que el fin sea lícito, sino es indispensable que las consecuencias jurídicas que resulten de la norma sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de tal manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el objetivo pretendido por el legislador, superen un juicio de equilibrio en sede constitucional.

Una vez establecido el margen teórico que regirá este trabajo, a continuación procederé a analizar una de las sentencias más representativas que ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de derechos políticos, en el entendido de que el universo existente es muy limitado dada la escasez de acciones en las que se haya hecho valer un reclamo por trato discriminatorio en materia de derechos políticos en contra de las mujeres.

III. SENTENCIAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

1. Acción de Inconstitucionalidad 2/2002

La sentencia a que haremos referencia en primer lugar, deriva de una demanda promovida por el Partido Acción Nacional (PAN), en contra del Congreso del Estado Libre y Soberano de Coahuila, reclamando la invalidez del Decreto número 176, publicado en el *Periódico Oficial del Estado de Coahuila*, por medio del cual se creó la Ley de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales. En ella se impugnan, entre otros artículos, el 20, 21 párrafos cuarto y quinto y 26, fracciones VII y VIII. Los motivos de impugnación derivaban de que la parte actora (PAN), consideraba que los preceptos referidos eran violatorios del contenido del artículo 4o. constitucional, pues no atendían a la garantía de igualdad jurídica entre el varón y la mujer, efectuando una discriminación de género.

Ante el planteamiento realizado en la demanda, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto al tema en concreto, resolvió lo que a continuación se transcribe.

...Al respecto, los numerales 20, 21 y 26 de la Ley de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales para el Estado de Coahuila, son del tenor literal siguiente:¹

Los preceptos anteriores forman parte del sistema Electoral del Estado de Coahuila.

De los preceptos en cita en lo medular se advierte lo siguiente:

a). La obligación para los partidos políticos de impulsar la equidad de género en sus candidatos a diputados de mayoría relativa, estableciendo que el registro de éstos no debe exceder el setenta por ciento de un mismo género;

¹ ARTÍCULO 20.- Por cada uno de los candidatos a diputados de mayoría relativa, los partidos políticos registrarán un suplente que deberá cumplir con los mismos requisitos que el propietario.

Los partidos políticos impulsarán la equidad de género, por lo que el registro de candidatos tanto para propietarios como para suplentes a diputados de mayoría relativa no deberán exceder del 70% por ciento de un mismo género. En caso de que el partido político o coalición no pueda cumplir con lo anterior, se estará a lo que señala el artículo 21.

ARTÍCULO 21.-...

En el caso de que los partidos políticos o coaliciones opten únicamente por una lista de preferencias para la asignación de diputados de representación proporcional, no podrán registrar por ese principio más del setenta por ciento de candidatos de un mismo género. Se exceptúan de esta disposición las listas de preferencia conformadas por los partidos políticos a través de procedimientos democráticos de selección de candidatos.

La lista de preferencias de candidaturas de representación proporcional se conformarán por bloques de tres personas, los cuales no deberán exceder del 70% de un mismo género.

En el caso de que los partidos políticos o coaliciones no cumplan con lo previsto en el último párrafo del artículo 20 de esta ley, el Instituto al realizar el procedimiento de asignación de los diputados de representación proporcional, asignará al género subrepresentado, en forma preferente, la primera diputación de representación proporcional a favor del partido político o coalición omisa, de entre las personas que figuren en orden de prelación en la lista de preferencia o fórmula de asignación, para enseguida continuar, en su caso, el procedimiento con dicha lista de preferencia o fórmula de asignación en los términos señalados por dicho partido político o coalición conforme a los párrafos que anteceden.

Para reformar, adicionar o derogar las normas previstas en este capítulo, se requerirá de la aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Congreso del Estado. En caso contrario, las reformas, adiciones o derogaciones legislativas serán inválidas.

ARTÍCULO 26.- Cada municipio estará gobernado por un Ayuntamiento, cuyos miembros serán electos conforme al sistema de mayoría relativa y de representación proporcional.

I. Los miembros de los Ayuntamientos que serán electos según el principio de mayoría relativa, en cada uno de los municipios el estado, serán los siguientes:

(...)

VII. Para el registro de las planillas de los miembros de los Ayuntamientos a que se refiere la fracción I de este artículo, los partidos políticos no deberán exceder del 70% de candidatos de un mismo género tanto para propietarios como para suplentes para cada municipio.

VIII. En el caso de que los partidos políticos o coaliciones no cumplan con lo previsto en la fracción que antecede, el Instituto al realizar el procedimiento de asignación de los regidores de representación proporcional, asignará al género subrepresentado, en forma preferente, la primera regiduría de representación proporcional del Ayuntamiento de que se trate a favor del partido político o coalición omisa, de entre las personas que figuren en orden de prelación en la lista de preferencia o fórmula de asignación, para enseguida continuar, en su caso, el procedimiento con dicha lista de preferencia o fórmula de asignación en los términos señalados por dicho partido político o coalición conforme a la fracción V de este artículo.

b). Que en caso de que los partidos o coaliciones opten por una lista de preferencia para la designación de diputados de representación proporcional, no podrán registrar por ese principio más del setenta por ciento de candidatos de un mismo género y la aludida lista además de conformarse por bloques de tres personas, no debe exceder del setenta por ciento de un mismo género; y,

c). Que para el registro de planillas de miembros de los ayuntamientos, los partidos políticos tampoco deben exceder del setenta por ciento de candidatos de un mismo género y, en caso de incumplimiento a lo anterior, al realizarse el procedimiento de asignación de regidores de representación proporcional, se asignará preferentemente al género subrepresentado, la primera regiduría a favor del partido político o coalición omisa.

Como puede observarse tales disposiciones prevén que para el registro de candidatos de diputados por mayoría relativa; de diputados de representación proporcional cuando opten por incluir a sus candidatos únicamente por listas de preferencias; y para el registro de planillas de miembros de los Ayuntamientos, los partidos políticos deberán hacerlo sin exceder de un setenta por ciento de un mismo género.

Al respecto el partido promovente sostiene sustancialmente que los artículos en cita, transgreden el principio de igualdad entre el hombre y la mujer al establecer un determinado porcentaje máximo de participación de un solo género en el registro de candidatos a participar en cargos de elección popular.

Ahora bien, en el artículo 20, párrafo segundo, de la Ley de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales del Estado de Coahuila, se establece que los partidos políticos impulsarán la equidad de género, por lo que el registro de candidatos tanto propietarios como suplentes, a diputados de mayoría relativa no deberá exceder del setenta por ciento de un mismo género, señalando a continuación que en caso de que el partido político o coalición no pueda cumplir con lo anterior, se estará a lo que señala el artículo 21.

Por otra parte, en el párrafo sexto del artículo 21 se establece que en el caso de que los partidos políticos o coaliciones no cumplan con lo previsto en el último párrafo del artículo 20, esto es, en el supuesto de que excedan, el

setenta por ciento de un mismo género en el registro de candidatos de mayoría relativa, el Instituto Electoral del Estado al realizar el procedimiento de asignación de diputados de representación proporcional, asignará al género subrepresentado, en forma preferente, la primera diputación de representación proporcional de entre las personas que figuren en orden de prelación en la lista de preferencias o fórmula de asignación, para enseguida continuar, en el caso, el procedimiento en los términos señalados por el partido político o coalición.

Lo antes expuesto lleva a considerar que el mencionado artículo 20 de forma alguna transgrede el principio de igualdad entre el hombre y la mujer consagrado en el artículo 4o. de la Constitución Federal, toda vez que en el caso de que algún partido político o coalición, se excediera del setenta por ciento de candidatos a diputados de mayoría relativa, la única consecuencia sería que la primera diputación de representación proporcional se otorgue a alguien del género subrepresentado, y una vez cumplido lo anterior, si el partido o coalición omisas tuvieran derecho a más curules por este principio, se asignarán en los términos señalados por dicho partido o coalición, es decir, al no ser obligatorio el sistema implantado por el legislador local para el registro de candidatos a diputados por el principio de mayoría relativa, es innegable entonces que no se actualiza violación alguna al citado principio de igualdad consagrado en el artículo 4o. de la Constitución Federal, ya que no impide que mujeres y hombres participen en una contienda electoral en igualdad de circunstancias.

Ahora bien, toda vez que en el sistema previsto para el registro de las planillas de los miembros de los Ayuntamientos contenido en las fracciones VII y VIII del artículo 26 de la propia norma general se establece la misma mecánica que en los artículos anteriores, esto es, que para el caso de que los partidos políticos o coaliciones excedan del setenta por ciento de candidatos de un mismo género, el Instituto Electoral Estatal al realizar el procedimiento de asignación de los regidores de representación proporcional, asignará la primera regiduría al género subrepresentado, se reiteran los argumentos precedentes en obvio de mayores repeticiones y en consecuencia se declara la validez de dicho precepto.

Por otra parte, del artículo 21, de la Ley de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales para el Estado de Coahuila, antes transcrito se desprende

que la asignación de los diputados de representación proporcional se efectuará atendiendo:

- a). A la lista de preferencias o,
- b). A la fórmula de asignación o,
- c). A ambos en un esquema mixto.

Asimismo se establece que en el caso de que los partidos políticos o coaliciones opten únicamente por una lista de preferencias para la asignación de diputados de representación proporcional, no podrán registrar por ese principio más del setenta por ciento de candidatos de un mismo género; exceptuándolos de esa imposición cuando tales listas de preferencia se conformen a través de procedimientos democráticos de selección de candidatos.

En consecuencia, el hecho de que dicho precepto establezca que cuando los partidos políticos o coaliciones hagan la asignación de diputados de representación proporcional únicamente por una lista de preferencias no podrá registrar por ese principio más del setenta por ciento de candidatos de un mismo género, tampoco transgrede el principio de igualdad consagrado en el citado artículo 4o. de la Constitución Federal, toda vez que se trata, como se asentó con antelación de una opción entre varias (lista de preferencia, fórmula de asignación o ambos en un sistema mixto) que el legislador local previó para que los partidos políticos o coalición asignen diputados de representación proporcional, además de que aun en este caso, existe la excepción de cumplir con ese porcentaje cuando tales listas de preferencia se hayan conformado mediante procedimientos democráticos de selección de candidatos, lo que permite que ambos géneros participen en igualdad de circunstancias en una contienda electoral.

En consecuencia procede reconocer la validez del artículo 21 de la Ley de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales para el Estado de Coahuila.

2. Acciones de Inconstitucionalidad Acumuladas 7/2009, 8/2009 y 9/2009

En las acciones de inconstitucionalidad referidas, los partidos políticos Convergencia, Nacional, Acción Nacional y de la Revolución Democrática, reclamaron al

Gobernador y al Congreso del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, la expedición del Código Número 307 Electoral para el Estado mencionado. Los motivos de reclamo, en lo que a este trabajo interesa, consistían en que los artículos 14, 16 y 183, fracción XI, del Código Número 307 Electoral para el Estado, eran violatorios de la garantía de igualdad entre hombre y mujer contenida en el artículo 4o. constitucional, al establecer como acción positiva de género, la regla conocida como "70/30", al prever que: *Los partidos políticos o coaliciones que postulen candidatos a diputados (y a ediles propietarios), en ningún caso deberán exceder del setenta por ciento de candidaturas de un mismo género*, pues, a su entender, constituía una regla meramente formal y arbitraria que, más bien, tendía a generar una discriminación de cualquiera de los dos géneros.²

El veinticuatro de septiembre de dos mil nueve, por unanimidad de diez votos los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideraron lo siguiente:

En primer término, este Alto Tribunal encuentra que los artículos 1o., 4o., 41 y 116 constitucionales no contemplan la equidad de género en materia electoral como una exigencia a cargo de las Legislaturas Locales, de lo cual

² Artículo 14. Para cada diputado propietario se elegirá a un suplente. Tratándose de diputados electos por el principio de representación proporcional, los partidos políticos o coaliciones se sujetarán al orden de asignación de los candidatos en las listas registradas ante el órgano electoral.

Los partidos políticos o coaliciones que postulen candidatos a diputados, en ningún caso deberán exceder del setenta por ciento de candidaturas de un mismo género. Lo anterior será aplicable también en las candidaturas de los suplentes. Quedan exceptuadas las candidaturas de diputados por el principio de mayoría relativa que sean resultado de un proceso de elección interno mediante voto directo.

En las listas de candidatos a diputados de representación proporcional, que presenten los partidos políticos o coaliciones, deberá integrarse una fórmula de candidatos, propietario y suplente, de género distinto en cada bloque de tres.

Artículo 16

Los partidos que postulen candidatos a ediles propietarios en ningún caso deberán exceder del setenta por ciento de candidaturas de un mismo género. Quedan exceptuadas las candidaturas que sean resultado de un proceso de elección interno mediante voto directo.

Para la aplicación del principio de representación proporcional en la asignación de regidurías, los partidos deberán registrar en el orden de asignación de sus listas una fórmula de candidatos, propietario y suplente, de género distinto por cada bloque de tres.

Artículo 183. Postulación es la solicitud de registro de candidatos o fórmula de candidatos sostenida por un partido político o coalición registrados, que deberá contener los datos siguientes:

(...)

XI. Las solicitudes de registro de candidatos a diputados y ediles de los Ayuntamientos deberán presentarse en fórmulas de propietarios y suplentes. Tratándose de listas, deberán garantizar la acción afirmativa de género

se desprende que pertenece al ámbito de libertad de configuración legislativa establecer acciones afirmativas o no, en los códigos electorales en lo relativo a la postulación de candidatos por parte de los partidos políticos.

El hecho de que este Tribunal haya considerado válida la previsión de porcentajes o cuotas obligatorias (acciones afirmativas) dirigidas a procurar la equidad de género en lo relativo a la postulación de candidatos por parte de los partidos políticos, no conduce a determinar que ello sea una exigencia constitucional derivada de la norma suprema, que pueda ser invocada ante los tribunales competentes, sino que más bien constituye una posibilidad que el legislador puede o no contemplar en las leyes que emite en dicho ámbito.

En segundo término, este Tribunal observa que no existen parámetros en la Constitución que pudieran brindar la pauta para enjuiciar la validez del porcentaje 30/70 previsto en el código electoral impugnado, siendo que las leyes federales en materia electoral no podrían utilizarse a esos efectos, por pertenecer al orden jurídico federal y no al orden jurídico constitucional.

En tercer lugar, este Tribunal advierte que la exigencia a cargo del legislador en el sentido de prever determinadas cuotas de género en lo relativo a la postulación de candidatos por parte de los partidos políticos, corre el riesgo de limitar la libertad que tienen éstos en el diseño de sus candidaturas, que deben regirse primordialmente a partir de criterios democráticos, que permitan a los electores expresar libremente su voluntad con respecto a los representantes que desean favorecer en los cargos populares correspondientes.

Por estas razones debe declararse infundado el planteamiento de invalidez de la parte accionante.

IV. ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD Y CONCLUSIONES

Como se desprende de la lectura de las resoluciones antes referidas, la Suprema Corte de Justicia ha estado en posibilidad de analizar la cuestión de las acciones positivas consistentes en el establecimiento de cuotas de género, sólo a raíz de los reclamos que han hecho las fracciones parlamentarias estatales correspondientes,

en contra de la mayoría parlamentaria que ha aprobado en diversos ordenamientos la implementación de dichas medidas, ello por considerar que son violatorias de la garantía de igualdad contenida en el artículo 4o. constitucional.

Como dijimos al principio del presente trabajo, su objetivo es determinar si las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han estado ajustadas a los estándares internacionales que describimos en materia de derechos políticos de las mujeres. Como se recuerda, para determinar lo anterior se estableció un test para definir si las acciones positivas implementadas por un Estado eran violatorias de la garantía de igualdad, si ocasionaban un trato diferenciado, si eran o no legítimas, si se encontraban justificadas, si eran proporcionales al objetivo buscado, si eran justas y si con ellas se había alcanzado el fin deseado.

Como queda evidenciado de la transcripción de las resoluciones que nos ocupan, el más Alto Tribunal de este país no ha sujetado a la legislaciones respecto de las cuales se ha solicitado su análisis a un examen riguroso, en el que se determine efectivamente si su establecimiento en ley se encuentra justificado, es justo, proporcional y si con tales medidas se va a alcanzar el objetivo buscado.

Del primero de los casos que se relató se aprecia que si bien en la resolución se establecieron los parámetros a considerar en cuanto a la garantía de equidad, posteriormente se limitó a establecer que las cuotas que establece el Código Electoral del Estado de Coahuila no son violatorias de la garantía de igualdad entre hombre y mujer, pues la propia Ley establece una opción en caso de que se excedan las cuotas por parte de alguno de los partidos políticos. Con ello, se sostiene, se sigue respetando la garantía de igualdad de género que se busca proteger.

Lo anterior constituye un pronunciamiento muy general que en realidad no analiza si en el fondo las cuotas de género establecidas por el legislador estatal ayudan o no a combatir la discriminación entre mujeres y hombres; simplemente, analiza el cuerpo de la ley para señalar que si algún partido político o coalición se excediera del setenta por ciento de candidatos a diputados de mayoría relativa de un mismo género, la única consecuencia sería que la primera diputación de representación proporcional, se otorgaría a alguien del género "subrepresentado".

Ello es así debido a que al no ser obligatorio el sistema implantado por el legislador local para el registro de candidatas a diputados por el principio de mayoría relativa, no puede existir una violación al artículo 4o. constitucional puesto que no se impide a mujeres y hombres que participen en una contienda electoral en igualdad de condiciones.

Es decir, nuestro más Alto Tribunal se conforma con el hecho de que exista una medida alternativa o "premio de consolación" previsto por la propia Ley Estatal para que el grupo subrepresentado quede satisfecho y, con ello, considerar que no se violenta la garantía de igualdad entre hombre y mujer; sin embargo no aplica, ni siquiera parcialmente, el test al que se hizo referencia anteriormente o, por lo menos, uno parecido que nos llevara a pensar que se realizó un estudio de fondo de las cuotas de género como medidas positivas dirigidas a combatir la tendencia histórica de discriminación en contra de las mujeres en la participación en la vida política del país.

Por otro lado, en el segundo de los casos analizados nos encontramos con una argumentación diversa que, en mi opinión, es aún más preocupante. En la resolución se sostiene que no es el caso analizar si la proporción de candidatas 30/70, prevista en el Código Electoral del Estado de Veracruz, es constitucional o no, pues, en primer lugar, los artículos 1o., 4o., 41 y 116 constitucionales no contemplan la equidad de género en materia electoral como una exigencia a cargo de las legislaturas locales, por lo que no es su obligación establecer acciones positivas o no. En segundo término, sostiene que no existen parámetros de la Constitución General que permitan enjuiciar la validez del porcentaje referido. En tercer lugar, que la exigencia a cargo del legislador de establecer determinadas cuotas de género, en lo relativo a la postulación de candidatas por parte de los partidos políticos, corre el riesgo de limitar la libertad que tienen estos en el diseño de sus candidaturas, pues deben regirse a partir de criterios democráticos que permitan a los electores expresar libremente su voluntad con respecto a las personas que quieren como representantes.

Como se dijo antes, hasta el momento en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las que se ha puesto en tela de juicio la existencia

de acciones afirmativas, tales como las cuotas de género tendentes a obtener una mayor participación femenina en la vida política nacional, no se ha hecho un verdadero y profundo examen de si son justificables o no. Lo anterior se traduce en que en materia de derechos políticos de las mujeres, nuestro más Alto Tribunal aún no se ha pronunciado sobre si las medidas que las legislaciones estatales o inclusive la Federación, han ido implementando para lograr ese objetivo, se adecuan a los estándares internacionales en la materia. Sencillamente, no se han sujetado al examen a través del cual podría haberse definido si son justificadas, justas, proporcionadas y si realmente cumplen con el objetivo para el que fueron creadas.

Asimismo, considero preocupante que las razones que se dieron en la resolución emitida en las Acciones de Inconstitucionalidad Acumuladas 7/2009, 8/2009 y 9/2009, en realidad representan un retroceso en materia de equidad de género en cuanto a los derechos políticos de las mujeres. Al decirse que no existe dicha garantía en materia electoral, en mi opinión se está haciendo una excepción al contenido del artículo 4o. constitucional que habla de la igualdad entre hombre y mujer ante la ley, sin hacer distinciones en las materias en las que debe existir tal igualdad, máxime que México ha firmado todos los tratados internacionales tendentes a propiciar el trato igual entre ambos sexos, los cuales se refieren a todas las materias incluidos, evidentemente, los derechos políticos.

Paradójicamente, las legislaturas estatales, a diferencia de nuestro más Alto Tribunal han entendido que el contenido del artículo 4o. constitucional hace referencia a una igualdad general, esto es, en todos los aspectos de la sociedad. Por ello, han tratado de introducir medidas como las antes mencionadas para lograr una igualdad de participación de ambos sexos en todos los aspectos de la vida pública y privada del país. Es por ello que precisamente estimo que nuestro Máximo Tribunal debería adoptar una posición más analítica y profunda que le permita coadyuvar con los diversos poderes para ir logrando un mayor equilibrio entre hombres y mujeres, sobre todo en el ámbito público que históricamente ha estado dominado prácticamente en exclusiva por los hombres.

Por otro lado, igualmente debo decir que si bien es cierto que, como lo señala la segunda resolución que analizamos, la Constitución General no establece

directrices respecto a la forma de establecer las cuotas de género, el análisis de su constitucionalidad se podría haber hecho a la luz de los diversos criterios de igualdad y proporcionalidad que el propio Alto Tribunal ha establecido y, de esa manera, emitir un pronunciamiento que efectivamente diera pautas para que las legislaturas fueran tomando medidas justas, eficientes y justificadas, tendentes consiguientemente a lograr la equidad de género también en el ámbito político de este país.

Es decir, considero que existen herramientas suficientes, algunas emitidas por la propia Suprema Corte y otras por diversos organismos internacionales, que permitirían realizar un análisis más profundo y de fondo de las medidas que se han adoptado y que aún se pueden implementar en las diversas legislaciones del país, en cuanto a su justificación, eficacia y pertinencia para mejorar la situación de la mujer en la vida política del país, pero que, desafortunadamente, sólo pueden ser utilizadas al momento de analizar las acciones de inconstitucionalidad que se promuevan en contra de leyes electorales, pues recordemos que, hasta el momento, de acuerdo a lo que establece el artículo 73, fracción VII de la Ley de Amparo³ y a lo interpretado por la Suprema Corte de Justicia por una apretada mayoría,⁴ el

³ Artículo 73. El juicio de amparo es improcedente:

(...)

VII. Contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral..."

⁴ AMPARO. ES IMPROCEDENTE CUANDO SE IMPUGNAN NORMAS, ACTOS O RESOLUCIONES DE CONTENIDO MATERIALMENTE ELECTORAL O QUE VERSEN SOBRE DERECHOS POLÍTICOS. De la interpretación de la fracción VII del artículo 73 de la Ley de Amparo, que establece la improcedencia del juicio de garantías contra resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral, así como de los artículos 41, 94, 99, 103 y 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que contienen, por un lado, el sistema integral de justicia en materia electoral, que permite impugnar leyes electorales vía acción de inconstitucionalidad, así como los actos o resoluciones en materia electoral ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y, por el otro, el juicio de amparo como una garantía constitucional procesal que tiene por objeto la protección o salvaguarda de los derechos fundamentales de los individuos frente a los actos de autoridad o las leyes, se concluye que la improcedencia del juicio de amparo no surge sólo por el hecho de que la norma reclamada se contenga en un ordenamiento cuya denominación sea electoral, o porque el acto o resolución provenga de una autoridad formalmente electoral, ni mucho menos de lo argumentado en los conceptos de violación de la demanda, sino por el contenido material de la norma, acto o resolución, es decir, es necesario que ese contenido sea electoral o verse sobre derechos políticos, pues en esos supuestos la norma, acto o resolución están sujetos al control constitucional, esto es, a la acción de inconstitucionalidad si se trata de normas generales, o a los medios de impugnación del conocimiento del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el caso de actos o resoluciones. Se exceptúan de lo anterior las resoluciones pronunciadas por el mencionado tribunal en los asuntos de su competencia, contra las cuales el juicio de amparo siempre es improcedente, independientemente del contenido material de dichas resoluciones, aun cuando no verse estrictamente sobre materia electoral, ya que en este caso la improcedencia deriva del artículo 99 constitucional, conforme al cual las resoluciones dictadas por el citado Tribunal en los asuntos de su competencia son definitivas e inatacables. No. Registro: 168,997, tesis aislada, materia(s): Constitucional, Novena Época,

juicio de garantías es improcedente contra resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral. Ello ha propiciado que no haya posibilidad de reclamar derechos políticos en vía jurisdiccional a través del juicio de amparo, lo que de por sí genera que la población no pueda reclamar a los derechos políticos como fundamentales o, en el lenguaje tradicional como "garantías individuales", siendo dicha situación más grave aun para las mujeres, pues si no se reclaman tales derechos por la vía de la acción de inconstitucionalidad en beneficio de las mujeres, o bien, se le da la vuelta al tema y no se aborda de fondo por parte de nuestro Máximo Tribunal, corremos el riesgo de seguir estancados en un sistema político en el que la equidad de género no permea, siendo esto en detrimento de toda la población.

V. CONCLUSIONES

Considero que del estudio que se ha realizado podemos concluir que los derechos de la mujer en México aún no encuentran un soporte suficientemente fuerte como para desarrollarse a plenitud. Es cierto que se ha ido avanzando y se han ido tomando medidas como las de las cuotas de género, que han ido permitiendo que las mujeres participen más en el ámbito público de nuestro país.

Sin embargo, estimo que falta mucho por hacerse y que este no es un trabajo exclusivo de las legislaturas; necesitamos un trabajo conjunto de los distintos sectores de la sociedad, como lo son los gobiernos de los Estados, las ONG's y los académicos, por ejemplo, que ayuden a organizar y concientizar a las mujeres para que reclamen sus derechos, se atrevan a aspirar a ocupar puestos públicos de elección popular y a que ejerzan sus derechos mediante el voto. Especial mención merecen los abogados postulantes para que hagan llegar, a través de los reclamos de sus representados el verdadero deseo de la sociedad de tener todos los mismos derechos y de vivir gobernados bajo una verdadera democracia que permita la

Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVIII, Septiembre de 2008, Tesis: P. LX/2008, Página: 5. Amparo en revisión 1043/2007. Rafael Rodríguez Castañeda. 11 de marzo de 2008. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Genaro David Góngora Pimentel, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

participación efectiva de todos los sectores de la sociedad en la toma de decisiones importantes del país. De nuestros Tribunales para que hagan los pronunciamientos realmente de fondo que permitan ir dando luz al camino de la democracia e igualdad en este país y no las vías más fáciles para resolver las controversias que se les presentan, sino que resuelvan la profundidad de los reclamos y amplíen los horizontes de esperanza mediante interpretaciones de fondo, vanguardistas, liberales, libres de prejuicios y tratando de superar todo tipo de florituras jurídicas que sólo llevan a criterios jurídicos formalistas que lejos de ayudar a la población, la hundien cada día más en una desesperanza de justicia.

En mi opinión, sólo de esa forma podremos abatir la concepción y tendencia anquilosada de que sólo los hombres tienen la capacidad de gobernar y dirigir un país como éste y podremos dar paso a una nueva era en la que la participación más solidaria y equitativa de sus hombres y mujeres permita, en mayor medida, la satisfacción de las verdaderas y profundas necesidades de la población.



*Derechos de los niños:
derecho a la identidad
y a recibir alimentos*

LORENA GOSLINGA REMÍREZ*

I. MARCO TEÓRICO. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

La identidad como derecho fue reconocida en 1989 al incorporarse a la Convención sobre los Derechos del Niño.¹ Por ella, los Estados parte están obligados a respetar el derecho del niño a la preservación de su identidad, que incluye el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, conforme a la ley, prescindiendo de injerencias ilegales.

Por lo que hace al derecho a recibir alimentos, la propia Convención contiene la obligación para los Estados de combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos

¹ El artículo 1o. define al niño, para efectos de la aplicación de la Convención, como "todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

adecuados y agua potable salubre, así como la obligación de tomar todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero.

La referida Convención fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 en la ciudad de Nueva York, E.U.A., y entró en vigor el 2 de septiembre de 1989, siendo uno de los instrumentos internacionales más aceptados por la comunidad internacional, al contar con 140 signatarios y 193 Estados Parte.

En el caso del Estado mexicano, la Convención fue firmada, *ad referendum*, el 26 de enero de 1990 por el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos, debidamente autorizado al efecto. La citada Convención fue aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el día 19 de junio 1990, según Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 31 del mes de julio del propio año.

El instrumento de ratificación, firmado por el Presidente de la República el 10 de agosto 1990, fue depositado, ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, el día 21 del mes de septiembre siguiente y, una vez promulgada, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

Como se adelantó, en relación con el derecho a la identidad, el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que:

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Este artículo fue incluido en el texto de la Convención, como consecuencia del movimiento encabezado por las denominadas "Abuelas de Plaza de Mayo" que en agosto de 1978 hicieron un llamado en la prensa argentina, para que las personas que tuvieran a su cargo, hubieren adoptado o tuvieran conocimiento de dónde se encontraban sus nietos desaparecidos durante la dictadura los restituyeran al seno de sus familiares.²

Ello, en razón de que durante la dictadura militar instaurada en Argentina el 24 de marzo de 1976, autodenominada como Proceso de Reorganización Nacional (1976-1983), se suscitó una ola de desapariciones de personas opositoras al nuevo régimen, cuyos hijos fueron apropiados y en muchos casos llevados a vivir con familias que creían suyas, privándolos de conocer sus verdaderas raíces.

Así, con la profundización de la lucha por encontrar a sus nietos, "Las Abuelas" comienzan a dar los primeros pasos por el reconocimiento y positivización del Derecho a la Identidad en Argentina.

Duros fueron los años de búsqueda durante la dictadura militar, con una sociedad acallada y un poder judicial cooptado por los dictadores.

El advenimiento de la democracia permitió abrigar un poco de esperanza: el nuevo gobierno había dispuesto la creación de una Comisión Nacional que tendría como finalidad investigar la desaparición de personas. Las expectativas de justicia parecían avanzar con el enjuiciamiento de los principales planificadores y ejecutores de la política de exterminio. Sin embargo, el secuestro y la apropiación de los menores, hijos de desaparecidos, no fue considerado como parte del plan sistemático de represión ilegal, pese a los sólidos fundamentos expuestos por "Las Abuelas".

La lucha no sólo era jurídica, existían además obstáculos técnicos para encontrar a sus nietos nacidos en cautiverio. Esto las llevó a contactarse con genetistas

² Véase el libro *Juventud e Identidad III Congreso Internacional*, tomo II, consultable en <http://www.conadi.jus.gov.ar/> Biblioteca digital.

que pudieran investigar y hallar una manera de lograr la correcta identificación de los niños.

En 1984 los Doctores Di Lonardo, Darlu, Baur, Orrego y King presentaron los fundamentos técnicos y estadísticos que sustentaban lo que se dio en llamar "el índice de abuelismo", lográndose la identificación del primer caso de un niño hijo de desaparecidos. En 1987 el esfuerzo de las abuelas se plasma mediante la ley 23.511 que creó el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) y estableció que todo familiar consanguíneo de niños desapareados o supuestamente nacidos en cautiverio, tendrá derecho a solicitar y obtener los servicios del BNDG y que sus registros y asientos se conservarán de modo inviolable, haciendo plena fe de sus constancias.

Sin embargo, "Las Abuelas" continuaron su lucha. Buscando la comprensión internacional asistieron a organismos y foros y la incidencia de sus reclamos se materializó en la Convención sobre los Derechos del Niño, al reconocerse expresamente el Derecho a la Identidad.

De esta forma el reclamo de las "Abuelas de Plaza de Mayo" logra la consagración de la identidad como un derecho en el marco de las normas internacionales.

De ahí que los Estados parte, entre ellos los Estados Unidos Mexicanos, deben respetar el derecho del niño a preservar su identidad –derecho que comprende la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares– y prestar la asistencia y protección apropiadas, con miras a restablecerse rápidamente, cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos o de todos ellos.

En cuanto al derecho a recibir alimentos, los artículos 24, párrafo 2, inciso c), y 27 de la Convención señalan lo siguiente:

Artículo 24

(...)

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para

(...)

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

(...).

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Como se ve, la responsabilidad de proporcionar alimentos a los niños es primordialmente de los padres o personas encargadas de ellos, aunque los Estados parte de la Convención asumen, por un lado, la obligación de combatir la malnutrición y, por el otro, de ayudar a los padres y responsables de los niños a dar efectividad al derecho de proporcionarles las condiciones de vida necesarias para su desarrollo, particularmente por lo que hace a la nutrición, vestuario y vivienda. Además, los Estados se comprometen a tomar las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas a quienes corresponda dicho deber.

En relación con estas obligaciones a cargo de los padres y de los Estados, cabe destacar que en la Convención en análisis la inserción del niño en su familia es un elemento clave de la temática de los derechos de los menores y varios artículos de la Convención los abordan, desde ángulos distintos. El artículo 7, párrafo 1 reconoce el derecho del niño desde su nacimiento a conocer sus padres y a ser cuidado por ellos. En el mismo sentido, como ya hemos visto, el artículo 8 consagra el derecho del niño a preservar las relaciones familiares como elemento de su derecho a la identidad, estableciéndose en forma expresa la obligación del Estado de ayudar al niño a restablecer todos los elementos de su identidad, en el supuesto de ser privado de ella en forma ilegal. En casos de padres separados de sus familias a raíz de medidas como la prisión o el exilio, el artículo 9 contiene una disposición semejante que obliga al Estado proporcionar al niño determinadas informaciones sobre el padre ausente.³

La integridad de la familia también está protegida por los artículos 10, 11 y 22, relativos a la reunificación familiar y al traslado o retención ilícitos. El artículo 10 se refiere a la situación de niños y padres que se encuentran en países diferentes por cualquier motivo y obliga al Estado a atender toda solicitud relativa a su reunificación "de manera favorable, humanitaria y expeditiva". El artículo 22, relativo a los niños refugiados, consagra la obligación de los Estados de cooperar en la búsqueda de los parientes de niños refugiados que han sido separados de sus familias, a fin de facilitar la reunión familiar.⁴

³ Véase O'Donnell, Daniel. *La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y Contenido*, consultable en: www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%202.pdf.

⁴ *Idem.*

En cuanto al tema de la intimidad en las relaciones familiares, la Convención, en su artículo 16, reconoce como derecho del niño la intimidad de la relación entre él y su familia, protegiéndola en contra de injerencias arbitrarias o ilegales.

Los límites entre la autonomía e intimidad de la familia y la legítima preocupación del Estado por el bienestar del niño están determinadas, en principio, por el artículo 9 de la Convención, en el que se prevé la regla general de que ningún niño será separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando tal separación es necesaria en el interés superior del niño, por ejemplo, en el caso de maltrato o descuido.

Así las cosas, del derecho a la identidad, mediante el cual se garantiza, además de que los niños tengan una nacionalidad y un nombre, el que cuenten con sus relaciones familiares, se desprenden otros importantes derechos al ser los padres, precisamente, los responsables inmediatos de brindar a los menores las condiciones de vida necesarias para su pleno desarrollo, entre las que se encuentra, evidentemente, el derecho a recibir alimentos. De ahí que los Estados tengan diversos compromisos encaminados a garantizar que los niños conozcan su identidad, con todo lo que ello implica.

Claro está que, tal cual se apuntó líneas arriba, el hecho de que los padres sean los responsables inmediatos de brindar las condiciones de vida necesarias para el desarrollo de los niños, no libera al Estado de distintos deberes encaminados a garantizar, por un lado, que los padres estén en posibilidad de cumplir con tales responsabilidades y, por el otro, que en caso de que ello no sea así, las autoridades tomen las medidas necesarias para remediar esta situación.

Respecto al ámbito regional, debe tenerse presente el texto de los artículos 3, 18, 19 y 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, ya que en dichos preceptos se establecen el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho al nombre, los derechos del niño y el derecho a la nacionalidad, respectivamente.

De acuerdo con dichos artículos, toda persona tiene derecho a que se le reconozca personalidad jurídica, a tener un nombre propio y los apellidos de sus padres o el de uno de ellos, así como el derecho a tener una nacionalidad, la del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra y que no se le prive arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla. Tratándose de los niños, se dispone que todos ellos tienen derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Por otra parte, es de mencionar la resolución AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07) de la Asamblea General de Organización de los Estados Americanos, relativa al Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y "Derecho a la Identidad", que fuera aprobada en sesión plenaria celebrada el 5 de junio de 2007.

A través de dicha resolución, se insta a los Estados miembros a que adopten medidas, como la erradicación del subregistro, para asegurar el pleno reconocimiento del derecho a la identidad, indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Asimismo, se encomienda al Consejo Permanente que, en el marco de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, establezca un grupo de trabajo encargado de elaborar un Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y "Derecho a la Identidad" y se solicita a la Secretaría General que elabore una propuesta de Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y "Derecho a la Identidad", que considere los siguientes lineamientos:

- a. Asegurar la universalidad, accesibilidad y, de ser posible, gratuidad del registro del nacimiento, a través del cual se asegura el derecho a la identidad civil, con énfasis en las personas en situación de pobreza y vulnerabilidad.
- b. Promover el enfoque multidimensional en el tratamiento de este tema, que tome en cuenta la rica y variada diversidad de culturas existentes en las Américas, ya que se relaciona con el disfrute de derechos y libertades, con la modernización y transparencia de las instituciones del Estado y con la participación ciudadana en las sociedades democráticas del Hemisferio.

- c. Apoyar a los gobiernos en los procesos de modernización de sus registros de identidad en los planes nacionales de restitución de la identidad, así como en el mantenimiento actualizado de las estadísticas vitales.
- d. Promover la participación ciudadana mediante la universalización del registro civil para proteger y demandar la vigencia y el respeto del derecho a la identidad.
- e. Fomentar la cooperación regional, con miras a aprovechar las experiencias exitosas de países del Hemisferio que han implementado programas sociales para garantizar el derecho a la identidad de sus ciudadanos y ciudadanas, mediante la expedición de los correspondientes documentos públicos de identidad.

Además, se insta a abordar, en la medida de lo posible, aspectos tendientes a compatibilizar las legislaciones vigentes en los distintos Estados Miembros en materia de identidad de las personas; propiciar la uniformidad de los sistemas de inscripción, a efectos de obtener instrumentos que posibiliten su utilización en los diversos Estados Miembros, y solicitar al Consejo Permanente que continúe apoyando las tareas que se desarrollen en el marco del "Memorando de Entendimiento entre el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Secretaría General de los Estados Americanos (SG/OEA) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para la cooperación en materia de registro ciudadano", entre otras medidas más.

Este Programa Interamericano es ejecutado por la Oficina del Programa de Universalización de la Identidad Civil en las Américas (PUICA) –creado en 2008 mediante la Resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08)–, a través de la instrumentación de proyectos específicos para el fortalecimiento de los Registros Civiles en los Estados miembros.

Por lo toca a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cabe hacer referencia a la resolución emitida por dicho órgano en el Caso de las Niñas Yean y Bosico *vs.* República Dominicana y a la sentencia Villagrán Morales y otros *vs.* Guatemala (Caso de los "Niños de la calle").

En el caso de las Niñas Yean y Bosico, a quienes, no obstante haber nacido en territorio de República Dominicana, se les negó su inscripción tardía en el registro civil por ser de ascendencia haitiana, la Corte se pronunció, entre otros, en torno a los derechos a la nacionalidad, al reconocimiento a la personalidad jurídica y al nombre.

Al respecto, se sostuvo que la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado, cuya importancia reside en que ella, como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos.

Según se dice en la sentencia, la Convención Americana recoge el derecho a la nacionalidad en un doble aspecto: el derecho a tener una nacionalidad desde la perspectiva de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer su vinculación con un Estado determinado; y el de proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo.

Ese Tribunal encontró que en razón del tratamiento discriminatorio aplicado a las niñas, el Estado les denegó su nacionalidad y las dejó apátridas, lo cual, a su vez, les impuso una situación de continua vulnerabilidad, ante la imposibilidad de recibir protección del Estado y de acceder a los beneficios de que eran titulares, y finalmente por vivir bajo el temor fundado de que fuesen expulsadas del Estado del cual eran nacionales y ser separadas de su familia por la falta del acta de nacimiento. Por tanto, se concluyó que la República Dominicana incumplió con su obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana, la cual implica no sólo que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva).

Igualmente, se consideró que la situación de extrema vulnerabilidad en que se encontraban las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, por la falta de nacionalidad y la condición de apátridas, tuvo consecuencias relacionadas con sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica y al nombre.

La Corte Interamericana resaltó que una persona apátrida, *ex definitione*, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado, por lo que la nacionalidad es un prerrequisito del reconocimiento de la personalidad jurídica. A su juicio, la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares.

En lo que se refiere a la violación del derecho al nombre, la Corte expuso que éste constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado.

El Tribunal fue enfático en señalar que los Estados tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento, debiendo garantizarse que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia. Además, se indicó, una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y reestablecer su nombre y su apellido, ya que éstos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado.

Por su parte, en el caso Niños de la Calle, que trata, en esencia, sobre el secuestro, tortura y muerte de cuatro personas y del asesinato de una quinta en la ciudad de Guatemala en 1990 (de los cuales tres tenían menos de 18 años y,

por tanto, eran considerados como niños), la Corte se pronunció por primera vez acerca del artículo 19 de la Convención Americana referido a las medidas especiales de protección en las que los niños por su condición son titulares, integrándose a la Convención sobre los Derechos del Niño a la interpretación de este último precepto.⁵ Adicionalmente, se desarrolló en la sentencia el derecho a la vida en un sentido que incluye tanto su no privación como las obligaciones positivas del Estado para garantizar a los niños una vida digna.

Así, se consideró que a la luz del artículo 19 de la Convención Americana, reviste una especial gravedad el que pueda atribuirse a un Estado parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo.

La Corte estimó que cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, los hacen víctimas de una doble agresión: en primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de las mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el "pleno y armonioso desarrollo de su personalidad", a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece; y en segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida.

Finalmente, en lo que hace a la interpretación de los tratados aplicables al caso, la Corte consideró que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección de los niños que debe servir para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.

⁵ En relación con este caso, véase a Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto, 2004, Buenos Aires, Argentina, pp. 57 y ss.

II. SENTENCIA: CONTRADICCIÓN DE TESIS 154/2005-PS⁶

1. Hechos del caso

En 2005 el Presidente del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito denunció ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación la posible contradicción de tesis entre los criterios sostenidos, por un lado, por dicho órgano colegiado en el amparo en revisión 10/2004, en el sentido de que en un juicio de investigación de paternidad la muestra genética que debe recabarse a fin de practicar la prueba pericial no puede ser tomada de manera coactiva a través del auxilio de la fuerza pública y, por el otro, el criterio sustentado por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito en el amparo en revisión 358/2004/3, en el sentido de que sí es posible imponer medidas de apremio a quien se niegue a practicarse la prueba respectiva.

1.1. Como se adelantó, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito conoció de un asunto en el que se demandó el reconocimiento de paternidad y, para tal efecto, se ofreció como prueba la pericial en genética, consistente básicamente en el análisis del ADN del demandado para compararlo con el del menor cuya paternidad se le imputaba, misma que fue admitida. El Juez de la causa señaló diversas fechas para el desahogo de esa prueba, la cual no se pudo llevar a cabo pues en una ocasión no compareció el demandado y en las otras se opuso a la toma de muestras, por lo que se le apercibió que en caso de negarse se le impondría una multa hasta por cien días de salario mínimo vigente en el Estado de México. En contra de esa resolución el demandado promovió juicio de amparo indirecto en el que se le negó el amparo solicitado. Inconforme con esa resolución, interpuso recurso de revisión ante el mencionado Tribunal Colegiado el cual revocó la sentencia recurrida y concedió el amparo al quejoso.

⁶ La resolución en comento fue aprobada por mayoría de tres votos de los señores Ministros: Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José Ramón Cossío Díaz (Ponente), en contra de los emitidos por los señores Ministros Juan N. Silva Meza y José de Jesús Gudiño Pelayo, quienes se reservaron su derecho de formular voto de minoría.

Las consideraciones en las que se apoyó este Tribunal Colegiado para dictar su resolución fueron, en síntesis, las siguientes:

Los artículos 3, 7, 9, 10, 12, 18, 19, 20 y 27, de la "Convención sobre los Derechos del Niño" (ratificada por el Estado Mexicano el veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa, por lo que, de acuerdo al artículo 133 constitucional, sus normas se consideran como parte del sistema jurídico nacional), establecen que los tribunales judiciales deben velar por el interés superior del niño. Por su parte, el artículo 4o. constitucional establece como garantía individual de los niños el derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento. Por lo anterior, no cabe duda de que el niño tiene derecho a conocer su filiación, porque de ello deriva su derecho a obtener, entre otros, alimento, vestido, educación, etcétera.

Sin embargo, con el fin de armonizar los precisados derechos del niño con los derechos constitucionales de la persona a quien se le atribuye la paternidad del citado infante, el Tribunal Colegiado consideró que el derecho a la intimidad es la facultad que le reconoce el estado al hombre de mantener reservada la información que considere no comunicable.

En concordancia con lo antedicho, acotó que en el caso en estudio la prueba pericial en materia de genética implicaba la práctica de estudios químicos y exámenes de laboratorio de donde habrían de tomarse los elementos necesarios para contestar el cuestionario conforme al cual debían ser rendidos los dictámenes periciales correspondientes. De esa manera, la forma y términos en que habría de desahogarse la aludida prueba pericial se traducía, necesariamente, en la toma de muestras de sangre, con objeto de determinar la correspondencia de ADN, a fin de establecer, mediante el procedimiento científico, los caracteres hereditarios que a su vez permitirán determinar si existía o no un vínculo de parentesco por consanguinidad, y así poder dilucidar la acción de reconocimiento de paternidad.

Al respecto, el Tribunal Colegiado de Circuito puso de manifiesto que por medio de la prueba química para determinar la huella genética no solamente es

posible poner al descubierto las características idóneas para dilucidar problemas de reconocimiento de hijos, puesto que dicha prueba puede poner en evidencia otras características o condiciones genéticas relacionadas con aspectos patológicos hereditarios o algunas tendencias o proclividad a determinadas conductas que pertenecen a la más absoluta intimidad del ser humano. Por tanto, según el órgano jurisdiccional, permitir la práctica de la prueba pericial genética podría traducirse en una invasión a la intimidad del ser humano, una intromisión a su individualidad, poniendo al descubierto aspectos o características genéticas ajenas a la litis sobre los derechos de paternidad.

Consecuentemente, el Tribunal estimó substancialmente fundados los argumentos del recurrente en los que adujo que el Juez constitucional no observó que la determinación que le obligaba por la fuerza a tomar las muestras para el desahogo de la prueba pericial en materia de genética ADN contravenía lo dispuesto en los artículos 14 y 16 Constitucionales, porque el desahogo de la citada probanza no está reglamentada en el Código Civil ni en el Código Procesal Civil del Estado de México, además de que la toma de muestras le ocasionaría una lesión irreparable.

De lo anterior derivó que, aun ante la evidente contumacia del demandado en el sentido de negarse a proporcionar las muestras médicas necesarias para el desahogo de la prueba pericial de ADN, jurídicamente no era factible quebrantar su libertad con el fin de obtener las aludidas muestras médicas necesarias a través de la aplicación de las medidas de apremio legalmente establecidas, en razón de que también estaba en juego el derecho a la intimidad del demandado.

Con base en los precisados razonamientos, el Tribunal Colegiado concluyó que, en ese caso, ante la conducta adoptada por el enjuiciado en el sentido de que no era su voluntad proporcionar las muestras médicas para el desahogo de la prueba pericial en genética, no era posible la aplicación de los medios de apremio establecidos por la ley para vencer la contumacia del demandado. Empero, atendiendo a los principios generales del derecho, consideró que resultaba procedente aplicar por analogía lo previsto por los artículos 1.287 y 2.44 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, referidos a la confesión ficta y al

reconocimiento de documentos, con lo cual era posible apercibir al demandado de que, en caso de oponerse al desahogo de la mencionada prueba pericial, se tendrían por ciertos los hechos que se pretendían probar a través de ese medio de prueba, salvo prueba en contrario, dado que eso resultaba una consecuencia de la conducta adoptada por el enjuiciado, al rehusarse a proporcionar las aludidas muestras médicas.

1.2. Por su parte, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito conoció de un asunto en el que se demandó el reconocimiento de paternidad del demandado respecto de un menor de edad en el que se ofreció como prueba para acreditar tal acción la prueba pericial en genética molecular o ADN. El desahogo de dicha probanza se ordenó en la segunda instancia ya que no fue posible realizarlo en la primera. Al proveerse sobre el desahogo de esa prueba, el Magistrado a cargo del asunto señaló día y hora para ese efecto y apercibió al demandado, para el caso de que no asistiera, de que se le aplicarían los medios de apremio que para tal efecto prescribe el artículo 42 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nuevo León. Posteriormente, se volvió a señalar día y hora para el desahogo de esa probanza, apercibiendo al demandado en el sentido de que, para el caso de que dejare de comparecer sin justa causa, se le aplicaría un arresto de hasta treinta y seis horas, de conformidad con lo dispuesto por la fracción II del artículo 42 antes citado. El demandado no compareció a la diligencia de desahogo, por lo que se le hizo efectivo el apercibimiento y se decretó el arresto hasta por treinta y seis horas.

En contra de esa resolución, se promovió un juicio de amparo indirecto, en el cual se negó el amparo al quejoso. Inconforme con este fallo, el demandado interpuso recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado que ahora nos ocupa, cuyos integrantes confirmaron la sentencia recurrida y negaron el amparo.

Las consideraciones en que se apoyó dicho Tribunal Colegiado al dictar su resolución fueron, en esencia, las siguientes:

El Tribunal Colegiado de Circuito estimó que el apercibimiento decretado contra el quejoso de aplicarle el arresto hasta por treinta y seis horas en caso de que

no compareciera al desahogo de la extracción sanguínea de su cuerpo no podía catalogarse como una pena infamante, pues ésta ha sido interpretada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como aquella que implica una deshonra del gobernado imborrable y permanente frente a terceros.

Según se consideró, la ejecución de la medida de apremio ordenada por el Magistrado responsable no generaría tal agravio, ya que en el juicio de origen sólo tendrían injerencia la parte actora y la demandada, en la medida que dicho arresto, en su caso, sólo constituirá una sanción por no comparecer al cumplimiento de un requerimiento que el agraviado estimaba ilegal; lo que significa que, ante terceros, el quejoso sólo aparecería como una persona que en juicio se niega a acatar una orden judicial, por tener la convicción de que es justificada esa negativa a la luz de sus garantías que prevé la Constitución General; de manera que no se ocasionará ningún descrédito o deshonra con la aplicación del medio coercitivo aludido.

En otro aspecto, el órgano jurisdiccional estimó que el apercibimiento y arresto decretado por el tribunal de apelación en contra del quejoso no podía clasificarse tampoco como una sanción que se tradujera en palos, azotes o mutilación, pues de los actos impugnados no se advertía que se hubiera ordenado golpear o maltratar de alguna manera al quejoso. Agregó que tampoco era posible otorgarle al apercibimiento y arresto la calidad de una pena trascendental, en razón a que la ejecución de tal medida correctiva está dirigida sólo contra el agraviado sin afectar a terceras personas que tienen relación con él, según el concepto de "pena inusitada" acuñado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual la ha definido como aquella que se caracteriza porque sus efectos no recaen exclusivamente sobre la esfera jurídica del condenado, sino que van más allá, afectando a sus parientes o allegados.

En lo concerniente a que la negativa del quejoso a asistir a la materialización de la prueba pericial indicada haya sido fundada en que, de haber comparecido a la extracción sanguínea de su cuerpo, implicaba una medida que involucraba un acto cruel, inhumano o excesivo para estimarla como una pena inusitada, o bien, que trajera como consecuencia un tormento o cualquier marca en la persona del demandado, el Tribunal Colegiado sostuvo que no se individualizarían las penas

citadas que recoge el artículo 22 de la Constitución General, en razón a que, aplicando una interpretación valorativa de las normas jurídicas que permeaban el asunto a resolver, se llegaba a la conclusión de que el desahogo de dicha prueba que lleva consigo la comparecencia del agraviado para que voluntariamente aporte una muestra de su sangre, nace de un derecho legítimo del menor de edad que, por conducto de su madre, reclamaba del quejoso el reconocimiento de su paternidad.

Por lo anterior, dicho Tribunal Colegiado estimó que en la escala de valores en conflicto debía prevalecer el de mayor jerarquía como es el derecho del menor a conocer su identidad frente al derecho de su progenitor de negarse a proporcionar de manera voluntaria una muestra de líquido hemático para que, con base en la prueba científica conocida como ácido desoxirribonucleico ADN, pudieran aportarse datos que revelaran esa identidad, porque si bien, efectivamente, era un hecho conocido por todos que la extracción de sangre a una persona le representa un dolor mínimo, también lo es que ese procedimiento se practica con facilidad en los hospitales y centros de salud dispersados por todo el territorio nacional. En tal tesitura, se consideró que aunque la extracción de sangre constituyera un método invasivo, no podía anteponerse a las obligaciones que tiene el ser humano derivadas de la paternidad del ser que procreó, pues ese reconocimiento implica no solo poner en evidencia la identidad del menor, sino su protección que es de interés público y la sociedad está interesada en que se respeten tales derechos.

Por consiguiente, colocando en la escala de valores jurídicos la oposición del agraviado a la toma de muestra de material orgánico de su cuerpo, frente al derecho del menor de edad que le reclamaba su reconocimiento como hijo de aquél, el Tribunal Colegiado resolvió que el apercibimiento y arresto decretado contra el agraviado por no haber comparecido al desahogo de la prueba pericial ofrecida por la actora en el juicio natural, a fin de que aportara voluntariamente la muestra de su sangre, no era inconstitucional, pues no transgredía los artículos 14, 16 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2. Problema central

El problema central de la contradicción de tesis en análisis consistió, por tanto, en determinar si: ¿es constitucional o no la aplicación de las medidas de apremio en

los casos en los que el demandado se niega o se opone a que se le practique la prueba pericial en genética? Y, una vez determinado lo anterior: ¿Cómo puede el Juez garantizar el derecho del menor a la filiación ante la negativa del demandado para realizar la prueba de ADN?

3. Desarrollo argumentativo

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizó el análisis de la contradicción de tesis en los siguientes apartados: En primer lugar, toda vez que en el asunto se abordaba un tema que tiene íntima relación con los derechos de los menores, pues se refiere a casos de juicios de reconocimiento de paternidad en los que se ofrece la prueba pericial en genética de ADN y el demandado se niega o se opone a la realización de dicha prueba, la Sala estableció el derecho de los menores a conocer su identidad; posteriormente, abordó la posibilidad legal de que los menores demanden de sus presuntos ascendientes el reconocimiento de la relación paterno-filial; en tercer lugar, realizó un estudio general de la prueba pericial de ADN; en cuarto lugar, analizó si es o no inconstitucional la aplicación de las medidas de apremio en los casos en que el presunto ascendiente se niega a la práctica de la prueba, y finalmente determinó qué es lo que debe hacer el Juez ante la imposibilidad de utilizar las medidas de apremio señaladas en la legislación procesal civil.

a. El derecho de los menores a la identidad

En relación con el derecho de los menores a la identidad, la Primera Sala destacó el contenido del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁷ en el que se establece, en lo conducente, que los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación

⁷ Artículo 4o.-

[...]

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

y sano esparcimiento para su desarrollo integral, y que los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. Además, que el Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos, y otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Asimismo, se señaló en la sentencia que la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue suscrita y ratificada por el Estado Mexicano (por lo que en términos del artículo 133 constitucional forma parte de nuestro sistema jurídico como una norma de derecho positivo vigente), establece que las autoridades administrativas, los tribunales o los órganos legislativos en todas las medidas que tomen concernientes a los niños, se atenderá primordialmente el interés superior del niño⁸ (artículo 3), y que dicha Convención estipula que éste tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres (artículo 7o.); que los estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas y, finalmente, cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección debidas con miras a reestablecer rápidamente su identidad (artículo 8o.).

Según lo señaló la Sala, en concordancia con lo anterior, la Ley para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes, la cual es de orden público, de interés social y de observancia obligatoria en toda la República (artículo primero), establece en su artículo 22, incisos a) y c), que el derecho a la identidad está compuesto en tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nace, conocer su filiación y su origen, salvo en el caso que las leyes lo prohíban.

⁸ En la sentencia se puntualiza que el concepto de interés superior del niño ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como: "[...] la expresión "interés superior del niño", consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño". Opinión Consultiva 17/2002, página 65, párrafo final.

De esta manera, la Primera Sala concluyó que el estado civil comporta un atributo propio de la persona, inherente y consubstancial al derecho de la personalidad jurídica y al nombre que, en el caso de los menores, reviste el carácter de derecho fundamental. Por ello, el hecho de que el menor tenga la certeza de quién es su progenitor constituye un principio de orden público y hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica.

Al respecto, se dice en la ejecutoria que la importancia de ese derecho fundamental a la identidad no sólo radica en la posibilidad de conocer el nombre y el origen biológico (ascendencia), sino que, a partir de ese conocimiento, puede derivarse en primer lugar, el derecho del menor a tener una nacionalidad y, por otra parte, el derecho del menor, constitucionalmente establecido (artículo 4o.), de que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo integral. Este derecho a la obtención de los satisfactores básicos para lograr el desarrollo es una extensión del derecho a la vida, pues éste implica que las condiciones de vida deben ser lo suficientemente buenas para que el menor crezca sana y armoniosamente, garantizándose su pleno desarrollo.⁹

Todo lo anterior llevó a la Sala a concluir que no únicamente en la Constitución, sino que en diversas normas internacionales y otras de derecho interno que la desarrollan, se consagra el principio del "interés superior de la niñez", y es innegable que debe garantizarse el derecho del menor a conocer su filiación, esto es, la identidad de sus ascendientes, toda vez que de esta circunstancia se deriva el derecho del infante a percibir de sus ascendientes la satisfacción de sus necesidades y a obtener así una vida digna que permita su desarrollo.

b. Juicios de paternidad

En cuanto a los juicios de paternidad, la Primera Sala sostuvo que, precisamente por lo expuesto en los párrafos precedentes, las dos legislaciones en las que se basaron los

⁹ En relación con este tema, la Primera Sala hace referencia a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada al resolver el caso Villagrán Morales y otros.

tribunales contendientes (Estado de México y Nuevo León) establecen la posibilidad de que los menores demanden el reconocimiento de la paternidad. Ello, en atención a que los derechos de los niños, dentro de los cuales se incluye el derecho a su identidad, implican que éstos pueden demandar la paternidad y ofrecer en el procedimiento cualquier medio de prueba que produzca convicción en el juzgador, entre los cuales se encuentra la prueba pericial en genética de sus supuestos progenitores.

c. La prueba pericial de ADN¹⁰

Por lo que hace a la prueba pericial de ADN, la Sala hizo notar en su fallo que los tribunales cada vez con mayor frecuencia requieren allegarse de evidencia científica para la resolución de los asuntos que son sometidos a su conocimiento, debido a los avances de los últimos tiempos en el campo de la ciencia y a las repercusiones que esos hallazgos pueden representar para el derecho. De esta forma, en muchas ocasiones los juzgadores requieren contar con la opinión de expertos en esas materias para proferir sus fallos de una manera informada y evitar incurrir en especulaciones en torno a ámbitos del conocimiento que van más allá del conocimiento del derecho que el juzgador debe tener.

Al respecto, se destacó que el derecho y la ciencia son dos de las fuentes de autoridad más importantes para los gobiernos modernos, aun cuando tienen origen, fundamentos y alcances diversos. Los productos de ambas ramas del conocimiento se presumen imparciales, ajenos a intereses particulares y válidos sin importar el contexto inmediato de su generación; de ahí que frecuentemente orienten las políticas públicas y sirvan de fundamento para evaluar la racionalidad de las decisiones políticas. Juntos, el derecho y la ciencia, constituyen un

¹⁰ Para lo expuesto en parte de la sentencia, la Primera Sala utilizó información de diversas fuentes. Entre las principales que se destacan en el fallo se encuentran las siguientes: *IDENTIFICACIÓN GENÉTICA Y PRUEBAS DE PATERNIDAD*, Raúl Aguirre ...[et al.] ED. Lucía Cifuentes, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 1996, 169 p.; *IDENTIFICACIÓN POR ADN*, Guillermo Cejas Mazzotta, 2 ed., corr. y amp., Mendoza, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000. 340 p.; *Paternity Testing. A Medical Dictionary, Bibliography, and Annotated Reserch Guide to Internet References*, Icon Health Publications MB, 100 p.; y, *Genetic Ties and the Family. The Impact of Paternity Testing on Parents and Children*, Rothstein, Mark A., Edit: Johns Hopkins University Press, 2005, 230 p.

medio para asegurar la legitimidad de las decisiones gubernamentales, ello a partir de las diversas modalidades de relación que entre ambos se generan.

Precisamente por ello, la Primera Sala sostuvo que en la decisión jurisdiccional sobre la acción de paternidad, los avances de la ciencia son indispensables para auxiliar al juzgador a tomar sus decisiones. En relación con este punto, se dijo que la propia ley lo reconoce así al permitir que de diversas maneras se utilicen como medios de prueba diversos elementos aportados por la ciencia y la tecnología.

Ante esto, la Sala se preguntó qué tipo de hallazgos científicos pueden y deben ser admitidos para orientar la toma de decisiones jurisdiccionales y permitir con ello que los tribunales impartan justicia, al hacer que los juzgadores profieran sus fallos de una manera más informada cuando se enfrentan a ámbitos del conocimiento que, como ya se anotó, van más allá del conocimiento ordinario del derecho.

Así, se determinó que para que un órgano jurisdiccional pueda apoyarse válidamente en una opinión de algún experto en una rama de la ciencia, es necesario que esa opinión tenga las siguientes características: a) Que la evidencia científica sea relevante para el caso concreto en estudio, es decir, que a través de la misma pueda efectivamente conocerse la verdad de los hechos sujetos a prueba, y b) que la evidencia científica sea fidedigna, esto es, que se haya arribado a ella a través del método científico, para lo cual se requiere, generalmente, que la teoría o técnica científica de que se trate: haya sido sujeta a pruebas empíricas, o sea, que la misma haya sido sujeta a pruebas de refutabilidad; haya sido sujeta a la opinión, revisión y aceptación de la comunidad científica; se conozca su margen de error potencial, y existan estándares que controlen su aplicación.

Partiendo de estos criterios, y tras realizar un análisis científico acerca de la prueba en cuestión, a juicio de la Primera Sala la realización de las pruebas de ADN satisface los lineamientos anteriores, ya que el informe de prueba de paternidad determina los perfiles genéticos de la persona que participa en la prueba y el tamaño de los diferentes marcadores sometidos a prueba, es decir, establece una

huella genética que contiene únicamente las informaciones sobre las secuencias de los marcadores; también se determina el llamado "Índice de Paternidad", que consiste en una medida estadística de qué tan fuertemente una coincidencia entre los marcadores del presunto padre y del presunto hijo indica paternidad: si los marcadores de ADN que se comparan no coinciden, entonces el presunto padre es excluido en un cien por ciento de la posibilidad de ser el ascendiente, pero si coinciden, se puede calcular una probabilidad que alcanza más del 99.99% de certeza.

Por ese grado de certeza, una prueba de ADN bien realizada fue considerada por la Sala como el método más preciso, confiable y contundente para establecer relaciones de paternidad-filiación, porque está basada en un análisis exacto de los perfiles genéticos (huellas genéticas) del padre o madre y del hijo.

d. Análisis de la constitucionalidad de la aplicación de las medidas de apremio en el caso en estudio

Una vez determinada la validez científica de la prueba de ADN y su grado de certeza, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia estimó necesario establecer si en los casos en que el presunto padre se niega a realizarse la prueba de ADN, es constitucional que el Juez haga uso de las medidas de apremio que tiene a su disposición para hacer cumplir sus determinaciones. En otras palabras, debe determinarse si el Juez puede coaccionar al presunto padre a que acuda a la realización de la prueba pericial genética.

Los Códigos de Procedimientos Civiles de Nuevo León y del Estado de México establecen las medidas de apremio en las cuales los Jueces o Magistrados pueden apoyarse para que sus determinaciones sean cumplidas, consistentes en: multa, auxilio de la fuerza pública, cateo por orden escrita, rompimiento de cerraduras y arresto hasta por 36 horas. Sin embargo, la Sala consideró que tales medidas no son suficientes, en muchos casos, para vencer la resistencia de una de las partes para cumplir con las determinaciones del Juez, por lo que es necesario, inclusive, dar vista al agente del Ministerio Público por la probable comisión de un delito, que en los casos de las legislaciones que nos ocupan, es el de desobediencia.

Según se hizo notar, ocurre también, a veces, que ni aun en el caso de que se iniciara una averiguación previa por la probable comisión de este delito, se lograría vencer la resistencia de la parte renuente a cumplir con lo ordenado por el juzgador. En estos casos extremos, la determinación del Juez quedaría sin cumplimiento a pesar de que se hubieran agotado las medidas antes aludidas en perjuicio de la contraparte de la contumaz y entonces, habría que establecer qué debe hacer el Juez para salvaguardar el derecho de la parte afectada.

De acuerdo con lo anterior, interpretando literalmente la ley, la Primera Sala llegó a la conclusión de que las medidas de apremio son legalmente aplicables para el caso de que el presunto ascendiente se niegue u oponga a realizarse la prueba de ADN, pues las disposiciones aplicables señalan que los Magistrados y los Jueces pueden hacer uso de cualquiera de los medios de apremio para hacer cumplir sus determinaciones. Así, cuando el Juez admite la prueba pericial en genética y ordena su desahogo, esa cuestión constituye una determinación que encajaría en el supuesto de las normas mencionadas y, entonces, legalmente tendría la posibilidad de hacer uso de las medidas de apremio.

No pasó inadvertido para la Sala que entre las medidas de apremio que pueden utilizar los Jueces se encuentra el uso de la fuerza pública; sin embargo, se consideró que esa medida de apremio debe utilizarse sólo para presentar al demandado al lugar en el que se debe realizar la prueba, mas no para obtener la muestra necesaria haciendo uso de tal medio, de conformidad con las razones que se dan más adelante, las cuales carecerían de razón si se obtuviera de esa manera la muestra para la realización de la prueba genética de ADN.

Según se señaló en la sentencia, no es obstáculo para lo anterior la problemática planteada en los amparos de los cuales provenían las ejecutorias que se enfrentaron en la contradicción de tesis, en el sentido de que los presuntos padres hacían valer que el desahogo de la prueba pericial en genética violaba las garantías establecidas en el artículo 22 constitucional, su derecho a la intimidad y su derecho a la integridad física.

En cuanto al derecho a la intimidad genética, el cual incluye también la autodeterminación de la información correspondiente, la Sala concluyó que tal

derecho no se viola porque, si bien es cierto que el mapa genético contiene mucha información de diversa índole, como las características propias de la personalidad y tendencias patológicas, y que la titularidad de la información de ese mapa corresponde únicamente a su propietario y éste tiene derecho, en principio, a mantenerla bajo privacidad, también lo es que en los análisis de paternidad por ADN (en los cuales únicamente se obtiene la llamada huella genética), no se incluyen los contenidos de toda esa información, sino sólo lo que corresponde a determinados segmentos de ADN, los cuales se toman en cuenta exclusivamente en lo relativo a la longitud de su secuencia repetitiva y a la frecuencia de la misma. Entonces, la práctica de una prueba pericial que versará sobre la información genética del presunto padre únicamente para verificar si sus marcadores son coincidentes con los del actor (presunto hijo) no constituye una violación a la intimidad, porque las enfermedades, tendencias y demás información genética no se analizarán en la prueba, sino que ésta únicamente consistirá en establecer si los marcadores del hijo son o no iguales a los del padre, lo cual en manera alguna viola el derecho a la intimidad, pues precisamente el hijo tiene derecho a conocer su origen biológico y al ofrecer esta prueba esa es la única información que será rendida por los peritos correspondientes.

Al respecto, se resaltó en el fallo que la posibilidad de que se conozca la información de la huella genética está perfectamente justificada si se toma en cuenta que existe el interés del actor para conocer su identidad genética y la realización de la prueba puede dar con bastante certeza los datos necesarios para determinar ello.

Por las mismas razones, la Sala determinó que tampoco existe una violación de garantías respecto de la autodeterminación informativa, pues el hecho de que las partes y el Juez puedan conocer la información que se desprenderá del análisis de paternidad tiene una justificación en tanto que únicamente versará sobre la filiación y no sobre otras cuestiones.

Además, la Primera Sala señaló que la realización de la prueba pericial en genética no viola las disposiciones del artículo 22 constitucional porque dicho artículo se refiere a las sanciones que se imponen a los individuos cuya responsa-

bilidad está plenamente demostrada, previo el desahogo de un proceso legal, mientras que la prueba pericial sólo implica la práctica de estudios de laboratorio para determinar la correspondencia del ADN y no puede considerarse una pena. Así, precisamente porque no constituye una pena o sanción, no se encuentra en los supuestos del artículo 22 constitucional, en cuanto prohíbe toda pena infamante, inusitada y trascendental. Sin embargo, se precisó que, aun cuando con el desahogo de la prueba pericial en genética no se violan los derechos a la intimidad ni las garantías establecidas en el artículo 22 constitucional, ello no quiere decir que no pueda impugnarse la constitucionalidad de esa prueba en circunstancias en que se acredite que por la forma en que se ordena y desahoga la prueba pueda violar el derecho a la intimidad, a la integridad personal o a la salud del presunto ascendiente, lo cual sucedería en el supuesto de que se admitiera una prueba de una institución no reconocida para ese efecto, si se ordenara para que se obtuviera otra información diferente a la huella genética o si estuviera en riesgo la salud del sujeto a prueba.

De acuerdo con lo anterior, la Sala dejó en claro que el uso de medidas de apremio por parte del Juez está plenamente justificado en tanto que el presunto ascendiente tiene la obligación de practicarse la prueba sin poder poner como excusa que pudiera violarse su intimidad o su privacidad genética, o que ello implicaría una pena inusitada, infamante o trascendental. Entonces, se concluye en la ejecutoria que tratándose de la prueba en genética molecular del ADN, las medidas de apremio establecidas en la ley y su aplicación para lograr que el demandado se someta a la misma son constitucionales.

No obstante lo anterior, la Primera Sala destacó un problema práctico que el Juez debe resolver: ¿Qué debe hacer el Juez si, a pesar de la aplicación de estas medidas de apremio, el demandado continúa negándose a someterse a la mencionada prueba?

A juicio de la Sala, los artículos 14 y 16 constitucionales garantizan con amplitud la vida privada del individuo, su familia, su domicilio y sus posesiones, como un límite no sólo frente a otro derecho sino también frente a la autoridad, por constituir tales aspectos valores esenciales de respeto entre gobierno-gobernado,

de tal forma que la libertad de las personas para decidir lo relativo a su cuerpo y a su integridad personal se encuentra, en todo momento, guarecida por el Estado, aun cuando existen casos en que el Estado puede justificar la limitación de estos derechos.¹¹

Para el caso de los juicios civiles de paternidad, la Sala determinó que el presunto padre tiene derecho a disponer de su propio cuerpo frente a injerencias de los particulares o del Estado y la propia norma constitucional lo protege para no sufrir invasiones a su integridad física y personal. Es decir, que en el ejercicio de ese derecho, sólo por lo que se refiere a los juicios civiles de paternidad, puede negarse, a pesar de la imposición de las medidas de apremio, a la práctica y desahogo de la prueba pericial de ADN, pues en este tipo de casos efectivamente tiene el derecho a decidir sobre su libertad de movimiento y sobre su integridad personal.

Entonces, hay casos en los que, incluso con esas medidas, no se lograría vencer la negativa del demandado para la realización de esa prueba y de cualquier manera el resultado de la acción del presunto descendiente quedaría a merced de que el demandado aceptara practicarse el examen. Empero, según lo destacó la Primera Sala, el hecho de que el demandado se niegue reiteradamente y a pesar de la aplicación de las medidas de apremio a practicarse la prueba de ADN no implica que se deje el interés superior del niño al arbitrio del presunto padre, porque de cualquier manera esa negativa u oposición tendría una consecuencia jurídica que resguarda los derechos del menor que busca conocer su identidad.

e. Consecuencias de la negativa del presunto ascendiente para la práctica de la prueba de ADN

Como ya se señaló, no pasó desapercibido para la Primera Sala que ante esa decisión podría pensarse que, sin poder obligar al presunto padre a acudir a realizarse

¹¹ Entre estos casos la Sala mencionó a las causas penales, como investigación de una violación o de un homicidio, por referir sólo algunos ejemplos, y destacó que existen países como Alemania o Suecia en los que esta prueba es obligatoria en todos los supuestos, es decir, siempre que se admita se debe hacer forzosamente, incluso con auxilio de la fuerza pública.

una prueba que tiene un porcentaje altísimo de certeza respecto de la acción del menor, se dejaría a merced de la voluntad del presunto progenitor el interés superior del niño, pues al ascendiente que en verdad lo fuera, le bastaría con no someterse a la referida prueba genética para impedir que se le declarara progenitor del menor y, en su caso, asumiera sus obligaciones como padre. No obstante, los Ministros que sostuvieron el criterio mayoritario de la Sala consideraron que las propias legislaciones contendientes proporcionan una solución a dicho problema, pues el hecho de que las medidas de apremio no sean aplicables no implica que la negativa u oposición del presunto ascendiente queden sin consecuencia jurídica alguna.

Así, se dice en la sentencia, cuando el demandado se niega o se opone a la realización de la prueba pericial en genética, atendiendo "el interés superior del niño" y su derecho de conocer la identidad de sus progenitores, ante la ineficacia de los medios de apremio referidos por las causas apuntadas, es menester que los juzgadores se conduzcan conforme lo previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece que "en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho". Por tanto, existe la posibilidad de que los juzgadores apliquen diversos medios de interpretación, de manera que, prevaleciendo en igualdad de circunstancias tanto los derechos fundamentales del infante como los del demandado, se resuelva la cuestión relativa a la negativa del demandado atendiendo a la interpretación extensiva y analógica de la ley y a los fines de la institución de que se trata, o sea, a los fines que se persiguen con la referida prueba.

Ahora bien, de acuerdo con diversos preceptos de las legislaciones de Nuevo León y del Estado de México que se estimaron aplicables al caso, la Sala sostuvo que, al igual que se tiene por confesa a la parte citada a absolver posiciones cuando se niega a declarar o cuando no comparece a la diligencia sin justa causa, o bien, cuando cita a una persona a reconocer un documento y no comparece, en cuyo caso se le tiene por reconocido, en el caso que nos ocupa, ante la negativa u oposición del demandado para realizarse el estudio genético, se tendrán por ciertos los hechos que se pretendían probar por conducto del aludido medio probatorio, pues lo contrario llevaría a dejar el interés superior del niño a merced de la voluntad del presunto progenitor.

Así, ante la negativa del demandado para someterse a dicha prueba y atendiendo al interés superior del niño y a su derecho fundamental de conocer su origen, la mayoría de la Primera Sala consideró que lo procedente es apercibir al demandado en el sentido de que en caso de oposición o de que se niegue a realizar el estudio genético correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos que se pretendían acreditar con ese medio de convicción, salvo prueba en contrario, es decir, la conducta omisa del demandado generaría una presunción *juris tantum* respecto de la paternidad del actor, presunción que, por tanto, admitiría prueba en contrario.¹² Esto implica que el juzgador deberá considerar, en estos casos, esa prueba como si se tratara de una confesión ficta y, como tal, deberá valorarla al momento de dictar la resolución correspondiente.

Evidentemente que, según lo consideró la Sala, como sucede con cualquier prueba ficta, esta presunción derivada de la omisión del demandado de realizarse la prueba de ADN debe estar adminiculada con otros medios de prueba para que éstas, en su conjunto, tengan eficacia para acreditar la paternidad. De otra manera, si no existiera alguna prueba que robusteciera la pericial en comento, o hubiera alguna en contrario, la presunción mencionada no sería suficiente para tener por cierta la relación paterno-filial.

4. Conclusiones

Con base en las consideraciones anteriores, en la ejecutoria de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se arribó a las siguientes conclusiones:

4.1. Conforme a los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3o., 6o., 7o. y 8o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Ado-

¹² Al respecto, se señaló en el fallo que, en casos parecidos, existen algunos países que han adoptado el criterio de que ante la negativa a someterse a la prueba genética de paternidad, la consecuencia es la declaración de la paternidad. Contrario a este tratamiento y acorde con la solución que se plantea en el presente asunto, existen muchos países, tales como España (Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, artículo 767.4), Argentina (Ley 23.511, artículo 4o.), Inglaterra, Francia, Estados Unidos de Norteamérica (en Nevada, Texas y California), entre otros, en donde se le da un valor de indicio probatorio (presunción *juris tantum*) a esa prueba, la cual debe estar fortalecida con otros medios de convicción, para poder declarar la paternidad del demandado.

lescentes, los menores tienen derecho a conocer su identidad, y la importancia de ese derecho fundamental no sólo radica en la posibilidad de que conozcan su origen biológico (ascendencia), sino en que de ese conocimiento deriva el derecho del menor, constitucionalmente establecido, de que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo integral, además de que puede implicar el derecho a una nacionalidad determinada.

4.2. Los Códigos de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León y del Estado de México establecen medidas de apremio a través de las cuales los Jueces y Magistrados pueden lograr que sus determinaciones se cumplan. Así, cuando el Juez en un juicio de paternidad ordena el desahogo de la prueba pericial en materia de genética o ADN y el presunto ascendiente se niega a que se le practique, esa conducta encaja en los supuestos de aplicación de las medidas de apremio para que se cumpla la determinación del juzgador. Con la aplicación de estas medidas, no se viola el derecho a la intimidad genética del presunto padre, pues en los análisis de paternidad por ADN únicamente se obtiene la llamada huella genética, la cual no incluye el contenido de toda la información genética, sino sólo lo que corresponde a determinados segmentos del ADN para verificar si los marcadores del presunto padre son coincidentes con los del presunto hijo, y así establecer si existe o no relación de filiación entre ellos. Por esas mismas razones, no existe violación de garantías respecto de la autodeterminación informativa, pues el análisis de paternidad tiene una justificación en tanto que únicamente versará sobre la filiación y no sobre otras cuestiones. De igual manera, la realización de la mencionada prueba no viola las garantías establecidas en el artículo 22 constitucional porque dicho artículo se refiere a las sanciones que se imponen a los individuos cuya responsabilidad está plenamente demostrada, previo desahogo de un proceso legal, y la práctica de la prueba genética no puede considerarse una pena; por ello, al no constituir una pena o sanción, no se encuentra en los supuestos del artículo 22 constitucional. Por lo anterior, se concluye que el uso de las medidas de seguridad está plenamente justificado en tanto que el presunto ascendiente tiene la obligación de practicarse dicha prueba atendiendo al interés superior del menor y a su derecho de conocer su origen biológico y la identidad de sus progenitores.

4.3. Tratándose de los juicios de paternidad en los que se ofrece la prueba en genética molecular o ADN, la medida de apremio consistente en el uso de la fuerza pública debe utilizarse sólo para presentar al demandado al lugar donde deba tomarse la muestra genética, pero de ninguna manera para que con esta medida se obtenga dicha muestra, pues de considerar que con tal providencia se pudiera forzar al presunto padre para obtener la mencionada muestra, ninguna razón de ser tendría haber establecido que, en caso de que persistiera la negativa para realizarse esa prueba, se tendrían por presuntamente probados los hechos que se pretendían acreditar, ya que en todo caso debe operar la presunción de la filiación controvertida ante la negativa del presunto ascendiente a practicarse la mencionada prueba para no dejar el interés superior del niño a merced de la voluntad del presunto progenitor y respetar su derecho fundamental a conocer su identidad.

III. ANÁLISIS SOBRE LAS SENTENCIAS Y CONFORMIDAD CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto en los apartados anteriores, desde nuestra perspectiva, es posible arribar a la conclusión de que, en el caso de la sentencia mexicana en análisis, la Suprema Corte de Justicia de la Nación efectivamente resolvió de conformidad con los estándares internacionales que prevalecen en la materia que nos ocupa.

Si tomamos en consideración que, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado debe garantizar que los niños tengan las condiciones necesarias para un pleno desarrollo y que ello conlleva la necesidad de que se garantice su derecho a la identidad (el cual, como ya se ha dicho, incluye el derecho a tener nacionalidad, nombre y relaciones familiares), y que tal derecho se vincula con el diverso a recibir alimentos, es claro que la Suprema Corte cumplió con esta obligación, en su carácter de órgano del Estado mexicano, al decidir que, en caso de conflicto entre el derecho de un menor a conocer su identidad y el derecho de su presunto progenitor a

negarse a practicarse la prueba pericial de ADN, debe prevalecer el interés superior del niño y operar la presunción de la filiación, salvo prueba en contrario.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia también tomó en cuenta que, de acuerdo con los estándares internacionales y nacionales (artículo 4 de la Constitución Federal), el deber de satisfacer las necesidades básicas de los niños es responsabilidad, en primer lugar, de sus padres, por lo cual privilegió el derecho de los menores de conocer, con certeza, quiénes son sus progenitores y, así, estar en posibilidad de que sus ascendientes satisfagan sus requerimientos de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento.

De hecho, nos parece que con el ejercicio interpretativo llevado a cabo en el fallo en comento, en el sentido de determinar que, aun cuando la presunción de paternidad no estuviese establecida expresamente en los Códigos de Procedimientos Civiles de los Estados de Nuevo León y de México, ante la negativa del presunto ascendiente a practicarse la mencionada prueba, debe operar la presunción de la filiación, se estableció un importante precedente para garantizar a los menores de todo el país, y no sólo de esas entidades federativas, el efectivo disfrute de su derecho a la identidad.

Ello, en virtud de que, no obstante que el caso en estudio únicamente se refirió a dos estados de la República mexicana, en la mayoría de las legislaciones locales existen disposiciones similares que, mediante una interpretación analógica, serían susceptibles de aplicarse en términos semejantes a los fijados por la Corte, a fin de no dejar el interés superior del niño a merced de la voluntad del presunto progenitor.

En nuestra opinión, otro acierto de la Suprema Corte de Justicia consistió en resolver que, en aquellos casos en que el Juez en un juicio de paternidad ordena el desahogo de la prueba pericial en materia de genética y el presunto ascendiente se niega a que se le practique, esa conducta encuadra en los supuestos de aplicación de las medidas de apremio para que se cumpla la determinación del juzgador, sin que ello resulte violatorio del derecho a la intimidad, ni al derecho a la autodeterminación informativa del presunto padre. En torno a este punto, es

importante destacar que, según lo puntualizó la Primera Sala, el análisis de paternidad tiene justificación en tanto que únicamente versará sobre la filiación y no sobre otras cuestiones.

Para finalizar, nos parece relevante llamar la atención sobre el hecho de que, en aras de garantizar de una mejor forma los derechos de los niños a la identidad y a recibir alimentos, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia haya recurrido a conocimientos científicos como soporte de su argumentación. Sin lugar a dudas el grado de certeza de los resultados de la prueba de paternidad realizada a partir del ADN, que alcanza el 99.99% según los datos plasmados en la propia sentencia, constituyó un elemento importante para que la Sala la considerara una prueba idónea para que los menores puedan conocer su origen biológico y la identidad de sus progenitores.

Este aspecto, de alguna manera novedoso, a nuestro entender, muestra una nueva comprensión del papel del juzgador y su responsabilidad frente a los justiciables en aquellos casos en que debe recurrir a conocimientos especializados en diversas áreas científicas o tecnológicas, para emitir un fallo informado y evitar las especulaciones en torno a ámbitos que van más allá del conocimiento jurídico propiamente dicho.



*Justicia penal para niñas,
niños y adolescentes*

NAMIKO MATSUMOTO BENÍTEZ*

* Coordinadora del Programa de Derechos Humanos en la Universidad Veracruzana, Campus Xalapa, Facultad de Derecho.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Con la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, se generó un cambio de paradigma respecto de éstos. En efecto, los niños, niñas y adolescentes pasaron de ser objeto de regulación y protección para ser considerados sujetos de derechos. Esta nueva concepción evidenció la necesidad de desarrollar un nuevo sistema de justicia para menores de edad acorde con la exigencia de respeto y garantía de sus derechos humanos. Si bien, muchos son los ámbitos que exigen tomar medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole, necesarias para dar efectividad a los derechos de los menores de edad; en las siguientes líneas sólo se abordará lo referente a la justicia penal.

Particularmente, interesa precisar la normativa internacional que sirve de marco y fundamenta los derechos de los niños y adolescentes en materia de justicia penal, con el objetivo de establecer si la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación motivo de este análisis, se ajustó a los estándares internacio-

nales establecidos por los órganos encargados de interpretar las obligaciones que dimanen de tales instrumentos y de vigilar su cumplimiento.

II. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

1. Normativa aplicable

a. Convención sobre los derechos del niño

Este instrumento recoge en su articulado los derechos y garantías de que son sujeto los niños y adolescentes, cuyo objeto es la protección integral de éstos. En el tema que nos ocupa resultan relevantes los artículos 37 y 40, que establecen de manera clara y contundente los derechos que los Estados deben reconocer, respetar y garantizar a todos los niños que han infringido las leyes penales.

b. Reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, (Reglas de Beijing)

Estas Reglas, de conformidad con el Observatorio Internacional de Justicia Juvenil (OIJJ), reflejan los objetivos y el espíritu de la justicia juvenil y exponen principios convenientes y prácticas para la administración de la justicia para jóvenes. Representan un mínimo de condiciones aceptadas internacionalmente para el tratamiento de jóvenes que entran en conflicto con la ley. En las Reglas de Beijing se expone que los objetivos de la justicia juvenil son el de promover el bienestar del joven y el de asegurar que cualquier respuesta a los delincuentes juveniles será siempre en proporción a las circunstancias tanto del joven como del delito. En las Reglas se prevén medidas específicas que cubren varias fases de la justicia juvenil. Ponen hincapié en que el ingreso en instituciones sólo será utilizado como último recurso y durante el plazo más breve posible.

De manera particular, la Regla 2.3 establece:

En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes,

así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores, conjunto que tendrá por objeto:

- a) Responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos;
- b) Satisfacer las necesidades de la sociedad;
- c) Aplicar cabalmente y con justicia las reglas que se enuncian a continuación.

Esta Regla responde a la necesidad de leyes nacionales que tengan expresamente por objeto la aplicación óptima de las Reglas mínimas, tanto desde un punto de vista jurídico como práctico.

c. Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, (Directrices de RIAD)

Las Directrices establecen una serie de principios que deben servir de guía para la actuación de las autoridades estatales en la formulación y aplicación de las políticas de prevención de la delincuencia juvenil. Si bien estas reglas pertenecen al *soft law*, no podemos ignorar que su interpretación y aplicación debe darse en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, según se desprende del artículo 7 de las propias Directrices, por lo que su puesta en práctica se debe considerar más allá de una obligación política o moral.

Es importante destacar que el principio del interés superior del niño se encuentra presente en cada una de sus disposiciones.

d. Reglas de Naciones Unidas para la protección de Menores Privados de Libertad

Como lo señala el propio instrumento, las Reglas tienen como objetivo establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar su integración en la sociedad.

En materia de justicia de menores, la regla 1.4 la define como parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país, y deberá administrarse en el marco de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento pacífico de la sociedad. Por su parte, la regla 1.6 se refiere a la necesidad de perfeccionar la justicia de menores de manera continua, para que no quede a la zaga de la evolución de una política social progresista en relación con el menor en general, tenido presente la necesidad de elevar y mantener la competencia de sus funcionarios, e incluso los métodos, enfoques y actitudes adoptados.

Como se advierte de los instrumentos internacionales citados, en el marco internacional de los derechos humanos, se ha articulado un *corpus juris* de los derechos del niño, que lo concibe como sujeto de derechos, de modo que, todo aquel que se encuentre en conflicto con la ley penal, estará asistido de un cúmulo de garantías necesarias para que se respeten sus derechos fundamentales.

2. La organización de la justicia de menores en las decisiones de los órganos internacionales

Diversos órganos internacionales convencionales se han pronunciado respecto de este tema. El Comité de Derechos Humanos al pronunciarse sobre el artículo 24, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que recoge los derechos del niño, señaló:

El artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado. La aplicación de esta disposición entraña, por consiguiente, la adopción de medidas especiales para proteger a los niños, además de las medidas que los Estados deben adoptar en virtud del artículo 2, para garantizar a todas las personas el disfrute de los derechos previstos en el Pacto.

A este respecto, el Comité desea observar que los derechos previstos en el artículo 24 no son los únicos que el Pacto reconoce a los niños, y que estos

últimos gozan, en cuanto individuos, de todos los derechos civiles enunciados en él. En algunas disposiciones del Pacto, al enunciar un derecho, se indican expresamente a los Estados las medidas que deben adoptarse para garantizar a los menores una mayor protección que a los adultos. De este modo, en lo que respecta al derecho a la vida, no puede imponerse la pena de muerte por los delitos cometidos por menores de 18 años. Asimismo, si se les priva legalmente de su libertad, los menores detenidos estarán separados de los adultos y tendrán derecho a ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad para su enjuiciamiento. A su vez, los jóvenes delincuentes condenados estarán sometidos a un régimen penitenciario separado del de los adultos y adecuado a su edad y condición jurídica, con el fin de favorecer su reforma y readaptación social (...)

No obstante que el Comité no hizo alusión en forma precisa a un sistema especial de justicia para los menores de edad, no puede pasar inadvertido las prevenciones específicas que señaló para éstos. De este tema se ocuparía posteriormente al sostener:

Los Estados deben adoptar medidas para establecer un sistema adecuado de justicia penal de menores que garantice que éstos sean tratados de una forma compatible con su edad.

Es importante establecer una edad mínima por debajo de la cual no se enjuiciará a los menores por delitos penales; esa edad deberá tener en cuenta su inmadurez física y mental.

Lo anterior, pone de manifiesto, de conformidad con el Comité, la necesidad de considerar la particular condición social de sujeto en desarrollo que poseen los menores.

En el mismo orden de ideas, el Comité de los Derechos del Niño ha establecido que:

A fin de garantizar la plena aplicación de los principios y derechos enunciados en la Convención, es necesario establecer una organización eficaz para la administración de la justicia de menores y un sistema amplio de justicia de menores. De conformidad con el párrafo 3 del artículo 40 de la

Convención, los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños en conflicto con las leyes penales.

La Corte Interamericana, a propósito del tema que nos ocupa, sostuvo:

Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como niño conforme al criterio predominante en el plano internacional. Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes.

Sirvan los precedentes citados para señalar que, en el marco internacional de los derechos de los niños, un sistema integral de justicia para menores exige el establecimiento de un conjunto de elementos normativos, órganos y procedimientos que den respuesta a los delitos cometidos por aquéllos. Es decir, exige la construcción de un sistema de responsabilidad para adolescentes configurado como protección jurídica especial concretizado a través de un sistema de justicia que incluya órganos, normas y procedimientos específicos.

3. Debido Proceso

La Corte Interamericana se ha referido al "debido proceso" como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las

personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.

Para el caso específico de los menores, este órgano jurisdiccional estableció:

Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a Juez natural –competente, independiente e imparcial, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.

El Comité de los Derechos del Niño, en sus recomendaciones al Estado mexicano, en este rubro señaló:

El Comité exhorta al Estado Parte a que vele por que las normas de administración de justicia de menores se cumplan plenamente, en particular el párrafo b) del artículo 37 y los artículos 40 y 39 de la Convención, así como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad). En particular, el Comité recomienda que el Estado Parte:

- a) Adopte todas las medidas necesarias para garantizar que los Estados aplique con carácter prioritario el artículo 18 revisado de la Constitución;
- b) Vele por que se garantice el debido proceso, incluida la audiencia ante un juez, antes de aplicar la privación de libertad.

El Comité de Derechos Humanos, ha manifestado que los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Al respecto, el Juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente a la sentencia pronunciada en el caso *Bulacio vs. Argentina*, sostuvo:

(...) En el procedimiento debe prevalecer también el principio garantista, que no impide la actuación del Estado conforme a sus atribuciones y fines legítimos, pero pone en manos de los particulares la posibilidad de ejercer ampliamente el derecho a la defensa, con todas las facultades y actuaciones que éste entraña.

En este ámbito deben operar, incluso cuando se trate de meras infracciones, no de crímenes o delitos, la presunción de inocencia, la prueba a cargo de la autoridad, la provisión de abogado que ejerza la defensa desde el momento de la detención y presentación del sujeto –antes de que rinda cualquier declaración que pudiera comprometer su situación jurídica y determinar el resultado del procedimiento–, la información sobre los motivos de la detención y los derechos del detenido, el acceso al expediente que se forme, la posibilidad de utilizar recursos expeditos –particularmente los que conciernen a la tutela de los derechos fundamentales–, la celeridad del procedimiento y el acceso a la libertad provisional.

Es indispensable que el sistema procesal disponga y asegure diversas medidas de control sobre la marcha y legalidad del procedimiento y el debido desempeño de las autoridades que intervienen en éste –medidas que son, en esencia, otros tantos actos y garantías del debido proceso–, sobre todo cuando se desarrolla sobre menores de edad, que se encuentran en situación de especial indefensión y vulnerabilidad, y enfrentan, por lo tanto, un riesgo específico y mayor de que se vulneren sus derechos fundamentales y se afecte su existencia, en ocasiones de manera irreparable.

Así, el debido proceso abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial; aún más, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. En el caso particular de los menores, el ejercicio de los derechos procesales y sus correlativas garantías, supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.

III. SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Acción de inconstitucionalidad 37/2006. Promovente: Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí. Ponente: Mariano Azuela Güitrón.

1. Antecedentes y conceptos de invalidez

La Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí promovió acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Justicia para Menores de dicho Estado. La interposición de tal acción señala como antecedente que la Constitución Federal, en su artículo 18, establece la creación de un sistema de justicia integral para menores infractores que hubieren realizado conductas tipificadas como delito por las leyes penales. Este sistema, en opinión de la impetrante, debe consistir en medidas especiales para quienes no habiendo cumplido los 18 años, realizan conductas antisociales. Establece la reforma que los menores de 12 años únicamente serán sujetos de asistencia social y que quienes tienen entre 12 y 14 años, sin importar si la conducta se considera grave o no, serán sujetos de cuidado, orientación, protección y supervisión, y solamente entre los 14 y los 18 años, los jóvenes que realicen conductas consideradas como graves, serán sujetos a medidas restrictivas de su libertad por un tiempo breve y solamente como último recurso. Con base en lo anterior, la accionante expone que la Ley de Justicia para Menores del Estado de San Luis Potosí, es inconstitucional por violar los artículos 14, 16, 18 y demás relativos de la Constitución General de la República, por las siguientes consideraciones:

- Tratándose de una ley local y en atención a la reforma al artículo 18 de la Constitución Federal, la ley es específica y, por ende, tanto lo substancial como sus normas adjetivas de aplicación deben también ser específicas. Luego, no puede remitir de manera expresa a otros ordenamientos para definir las conductas típicas, sin embargo, en la especie, los artículos 1o. fracción 4, 26, 52, 117 y 119 de la multicitada ley, establecen la supletoriedad de los Códigos Penal y de Procedimientos Penales del Estado para todo lo no previsto en ella y, entre esto, está el procedimiento

a seguir por los Jueces del conocimiento, supletoriedad absolutamente inconstitucional, ya que, precisamente, la nueva ley establece o debe establecer un régimen especializado, con un sistema de aplicación personalísimo. Por otro lado, la supletoriedad a que hace referencia la Ley de Justicia para Menores del Estado, contraviene el principio de legalidad propio del derecho público, que tiene como objeto garantizar la seguridad jurídica y que rige, entre otras ramas, en el derecho penal.

- La impetrante también manifiesta que no se consideran derechos fundamentales más allá de lo previsto por la Constitución Federal y la local, porque en el artículo 1o. de la ley tildada de inconstitucional, se mencionan los tratados y convenios internacionales, pero no se especifican los principios que éstos consagran.
- La acción de inconstitucionalidad procede también contra el legislador, por no ser extensivo en la consideración del debido proceso, pues aquél no se agota con lo que señalado por la Constitución, más bien se complementa con los derechos consagrados en instrumentos internacionales.
- Por otra parte, la impetrante alega la inconstitucionalidad del artículo 117 de la ley que se impugna, pues al establecer como medida de internamiento desde seis meses hasta doce años, ciertamente está violando el principio de proporcionalidad y de brevedad de la medida a que se refiere la reforma constitucional del artículo 18 que, en acreditamiento al compromiso internacional suscrito al ratificar la Convención de los Derechos del Niño, establece que el internamiento será utilizado como medida extrema y por tiempo más breve que proceda.
- Señaló además a ese órgano Constitucional que, en opinión de la Comisión de Derechos Humanos, dado que lo que se está creando mediante la ley que se expide es todo un sistema nuevo, con reglas, procedimientos e instituciones específicas para su aplicación, debió previamente reformarse la Constitución local, que es la norma que, siguiendo la dinámica jurídica federal, debe constituir los órganos de Estado a nivel de la

entidad. Esto es así, por que la Constitución es la norma suprema y esa supremacía responde no solamente a que es la expresión de soberanía, sino también a que está por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, es la ley que autoriza las leyes y autoriza las autoridades. Tal reforma, en el caso que nos ocupa, no se hizo y esto motiva también, dentro de la acción de inconstitucionalidad que intenta, este concepto de invalidez. Así mismo, debió verificarse que la modificación a diversos ordenamientos legales secundarios del estado de San Luis Potosí se ajustara a lo establecido en la reforma al artículo 18 de la Constitución Federal.

2. Consideraciones de la Corte

Respecto a la remisión que hace a otros ordenamientos la ley controvertida, en particular al Código Penal, para definir las conductas típicas; la Corte considera que la expresión "leyes penales" contenida en el artículo 18 Constitucional, se refiere no a una reserva de ordenamiento, es decir, a que los delitos deban estar contemplados en el Código Penal, sino a una reserva de fuente, debiendo por tanto entenderse como cualesquiera leyes en que se prevea la descripción de un tipo penal y su correspondiente sanción.

Sumado a la anterior consideración, estima que en el sistema de justicia para adolescentes, el artículo 18, de acuerdo con su diseño constitucional, permite que para la integración del sistema normativo que de él se derive, se pueda acudir a otras disposiciones. Acorde con ello, la remisión opera en cumplimiento a lo previsto por la propia disposición constitucional que lo rige, de modo que es la Constitución la que avala la remisión aludida, lo que hace que resulte innecesario que se legislen delitos especiales respecto de los menores.

Por cuanto al segundo concepto de inconstitucionalidad hecho valer, la Corte estima que no es necesario desarrollar en la ley tales principios, pues de conformidad con el artículo 133 constitucional, los tratados celebrados por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión, de lo que se deduce que forman parte del sistema jurídico mexicano,

todas aquellas disposiciones y principios jurídicos emanados de los tratados internacionales que no contravengan la Constitución; por tanto, no se requiere que en la expedición de las leyes, se repitan disposiciones derivadas de los convenios internacionales suscritos por el Estado mexicano.

La Corte considera que tampoco le asiste la razón a la inconforme cuando manifiesta que, en la ley impugnada, no se consagra plenamente el principio de debido proceso legal y para sostener su criterio aduce que la implementación de un debido proceso legal, es precisamente uno de los principales avances que se significan en la reforma constitucional y que la ley tachada de inconstitucional consagra plenamente. Para evidenciar su dicho, hace una transcripción de las disposiciones pertinentes relativas al proceso concluyendo que de dichos preceptos se desprende que, en el proceso penal especializado para adolescentes de San Luis Potosí, se observa la garantía del debido proceso modalizado, toda vez que, instruida la investigación y realizada la remisión al Juez especializado, el adolescente tiene derecho a una defensa gratuita; a ser siempre tratado y considerado como inocente, mientras no se compruebe la realización de la conducta que se le atribuye; a ser informado en lenguaje claro y accesible, sin demora y personalmente, o a través de sus padres, tutores, quienes ejerzan la patria potestad, la custodia o su representante legal, sobre las razones por las que se le detiene, juzga o impone una medida; la persona o autoridad que le atribuye la realización de la conducta tipificada como delito; las consecuencias de la atribución de la conducta, así como de la detención, juicio y medida; los derechos que le asisten en todo momento; el derecho que tiene a que sus padres, tutores o quienes ejerzan la patria potestad o la custodia, participen en las actuaciones y se les brinde asistencia, así como que su declaración sea rendida únicamente ante el Ministerio Público para menores o ante la autoridad judicial, bajo los criterios de voluntad, prontitud, brevedad, eficiencia, necesidad y asistencia de su defensor. Además, cuando exista ansiedad, fatiga o daño psicológico producidos por la declaración, ésta se suspenderá, reanudándose a la brevedad posible.

En opinión de la Corte, las garantías contenidas en la ley y reseñadas supra, satisfacen el debido proceso y permiten el ejercicio de los derechos que le asisten a los adolescentes, de manera efectiva.

Con relación a que la ley impugnada no cumple con el principio de proporcionalidad a que se refiere el artículo 18 constitucional, la Corte estima que aquella cumple con tal principio desde tres perspectivas, a saber: a) A nivel de punibilidad, en tanto se hace una distinción de las conductas previstas como delitos en que pueden incurrir los menores, de tal forma que se les considera en sí mismas y se hace una valoración, en cada caso, respecto de su punibilidad; b) A nivel de la determinación de la sanción –punición–, en cuanto prevé la posibilidad de individualización de la medida por parte del juzgador en el caso concreto y; c) A nivel de ejecución, en cuanto se contempla la existencia de un tratamiento individualizado y se prevé la posibilidad de que sólo se ejecute por el tiempo que resulte necesario para lograr el fin de la medida.

En efecto, por cuanto a la proporcionalidad en la punibilidad, la ley bajo análisis hace una distinción entre delitos graves y no graves y únicamente respecto de los primeros, procede la medida de internamiento definitivo. Además, establece distinciones entre las medidas a imponer al actualizarse las diversas conductas y contempla límites mínimos y máximos, para las medidas que deban imponerse.

Respecto a la proporcionalidad en la determinación de la medida, la Ley de Justicia para Menores, faculta al juzgador para determinar la medida aplicable, en atención tanto a las características personales del sujeto, como al daño objetivo causado con motivo de la conducta desplegada por el sujeto.

Por cuanto a la proporcionalidad en la ejecución, es menester señalar que en la ley impugnada, todas las medidas están limitadas en su duración y no podrán, bajo ninguna circunstancia, superar el límite máximo previsto para cada una de ellas, lo que no excluye la posibilidad, de conformidad con la ley, de determinar el cumplimiento de la medida antes de tiempo, ni de adecuarla en beneficio del sujeto.

Finalmente, la Corte consideró infundados los conceptos de invalidez relativos a que la Ley de Justicia para Menores del Estado, viola los artículos 14, 16, 18 y demás relativos de la Constitución federal, aduciendo que sus normas sustantivas y adjetivas no son específicas, así como que resulta inconstitucional que

los artículos 1o. fracción I, 4, 26, 52, 117 y 119 de la citada ley, establezcan la supletoriedad de los Códigos Penal y Procedimientos Penales del Estado.

En opinión de la Corte, ello es así, porque el mandato constitucional contenido en los párrafos cuarto, quinto y sexto del artículo 18 constitucional, consiste en la generación de un sistema integral de justicia para adolescentes infractores, en los diferentes niveles de gobierno, que garantice los derechos fundamentales y los derechos específicos que, por su condición de personas en desarrollo, les han sido reconocidos; que cuente con instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia, contemplando las formas alternativas de justicia, el respeto a la garantía del debido proceso legal, el principio de independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que imponen las medidas, las que deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tener como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades.

Acorde con lo anterior, la Corte no encuentra que de la disposición constitucional citada, se derive prohibición alguna para aplicar, de manera supletoria, los códigos penal y de procedimientos penales, en materia de justicia para adolescentes, siempre y cuando se cree una legislación adjetiva específicamente dedicada a regular los procedimientos seguidos contra adolescentes por la realización de conductas delictuosas y, bajo condición de que la supletoriedad se circunscriba a regular aspectos adjetivos que no necesariamente deben ser modalizados; aspectos todos, en opinión de la Corte, recogidos por la ley impugnada.

3. Puntos resolutivos

- a) Se sobresee respecto de los artículos 117 y Séptimo Transitorio de la Ley de Justicia para Menores del Estado de San Luis Potosí, por haber cesado los efectos del primero al ser objeto de una reforma y respecto del segundo, por haber cumplido el objeto para el cual se emitió.
- b) Se reconoce la validez de la propia ley, en todos los demás aspectos que fueron objeto de impugnación.

IV. ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD DE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

La compatibilidad de la sentencia de la Suprema Corte con los estándares internacionales se abordará a partir de las características que debe poseer un sistema integral de justicia para adolescentes, es decir, si en efecto, estamos frente a una jurisdicción especializada compuesta por instituciones, normas y procedimientos que integran una intervención jurídica especial, y si esta especialidad, *per se*, implica tal especificidad, que impide que pueda recurrirse a otros ordenamientos para la descripción de los tipos penales y su correspondiente sanción.

La segunda vertiente del análisis supondrá una reflexión sobre el alcance del debido proceso y finalmente, los aspectos que deben considerarse respecto al principio de proporcionalidad.

En principio es de relevancia establecer, para comprender las conclusiones a la que arribó la Corte, que el objeto de las acciones de inconstitucionalidad es establecer si existe contradicción entre la norma impugnada y la Ley Fundamental; supone un análisis en abstracto de la constitucionalidad de una norma.

Si bien, la propia naturaleza jurídica de las acciones de inconstitucionalidad, acota el análisis del órgano jurisdiccional a la compatibilidad de la norma cuestionada con la Constitución, nada impide que dicho análisis se realice bajo la óptica de los estándares internacionales, considerando que en el caso de la Convención de los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por señalar los más pertinentes al caso, son instrumentos internacionales recepcionados por nuestro sistema jurídico. De manera paralela, si bien otros instrumentos internacionales, como las Reglas de Beijing, no poseen naturaleza vinculante, no podemos ignorar que constituyen un referente orientador en la interpretación de las normas internas.

En el anterior sentido, tampoco se puede obviar que la reforma constitucional y las leyes de justicia para adolescentes producto de aquella, encuentran sus principios orientadores en la denominada "doctrina de la protección integral", y ésta es el resultado de la aplicación de la normativa internacional sobre este tema.

Ahora bien, las notas distintivas de la Ley de justicia para adolescentes que se impugna son precisamente que consagra un procedimiento, autoridades y órganos especializados para su aplicación. No obstante, las conductas que serán objeto de su aplicación, no se encuentran definidas en el propio ordenamiento, sino que habrá de acudir a las leyes penales para determinar si se está en presencia de un delito cometido por un adolescente.

Dicha remisión está prevista en la propia Constitución y además no resulta contraria a la normativa internacional. En efecto, la Convención sobre los derechos del niño, dispone en su artículo 40.1:

Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

La Corte Interamericana se ha referido al tema que nos ocupa en los siguientes términos:

La actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado.

De manera paralela, las Reglas de Beijing, señalan al establecer el alcance de las mismas, que delito es todo comportamiento (acción u omisión) penado por

la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate; y menor delincuente es todo niño o joven al que se le ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.

De modo que la remisión al Código penal y las leyes penales para la determinación de si se está frente a la comisión de un delito, no resulta contraria a la Constitución ni a los estándares internacionales. El principio de legalidad no se vulnera por tal remisión, siempre que exista una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales; es decir, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Establecer en la ley de justicia para adolescentes los tipos penales, ninguna garantía añade a los menores y únicamente se traduciría en una duplicación formal de textos.

No obstante, es preciso que el Estado garantice que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto, se considere delito ni sea objeto de sanción, cuando es cometido por un adolescente.

Con relación a la falta de desarrollo de los principios que consagran los tratados internacionales a que se refiere el artículo 1o. de la ley tildada de inconstitucional; la sentencia analizada considera innecesario tal desarrollo, según se señaló *supra*, fundamentalmente por el sistema de incorporación de los tratados internacionales establecido por la Constitución.

Si bien es cierto, que conforme al artículo 133 Constitucional, los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión, de lo que se deduce que sus disposiciones y los principios que consagran forman parte del sistema jurídico mexicano; no puede obviarse que tal situación, en la realidad, no opera en automático. Los casos en que el Estado mexicano ha sido condenado internacionalmente, así lo demuestran.

No basta la consideración anterior para establecer que la Corte hizo una incorrecta interpretación del precepto constitucional al confrontarlo con la ley

impugnada, lo que se destaca, es que los operadores jurídicos, al momento de interpretar y aplicar la ley, no siempre toman en cuenta los estándares internacionales fijados por los órganos competentes, y ello hace deseable que para asegurar que efectivamente se garanticen y respeten los derechos y principios consagrados en los instrumentos internacionales, se plasmen claramente en las leyes.

En efecto, la Comisión IDH, ha sostenido que la obligación consignada en el artículo 2 de la Convención, de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos tales derechos y libertades, conlleva la obligación del Estado Parte de adaptar su legislación interna, cuando ella adoleciera de defectos que impidieran o dificultaran la plena vigencia de los derechos reconocidos por la Convención.

En el mismo sentido, el Comité de los Derechos del Niño, ha establecido:

Cuando un Estado ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño, asume, en virtud del derecho internacional, la obligación de aplicarla. La aplicación es el proceso en virtud del cual los Estados Partes toman medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la Convención a todos los niños situados dentro de su jurisdicción. El artículo 4 exige que los Estados Partes adopten "todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole" para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. El Estado es quien asume obligaciones en virtud de la Convención, pero en la aplicación de ésta, es decir, en la labor de traducir en la realidad los derechos humanos de los niños, tienen que participar todos los sectores de la sociedad y, desde luego, los propios niños. Es fundamental hacer que toda la legislación interna sea plenamente compatible con la Convención y que los principios y las disposiciones de ésta puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva.

Por ello, como atinadamente señala Vasconcelos: "Las leyes de justicia para adolescentes que establecen como fuentes de interpretación los instrumentos internacionales, les han otorgado vigencia y valor, haciéndolos parte integrante del sistema, obligando a los operadores jurídicos a tomarlas como referencia para interpretar el contenido de sus normas".

En el anterior sentido, la experiencia nos dice que no resulta suficiente que en las leyes, como ocurre con la impugnada, se haga referencia a los instrumentos internacionales como fuente de interpretación de sus disposiciones; se requiere para darles plena ejecutividad a los principios, reglas o directrices en ellos plasmados, que se contengan en la propia ley. Sin embargo, entendemos que la ausencia de tal desarrollo, no implica *per se* que la ley pueda tacharse de inconstitucional, y desde esa perspectiva, la Corte resolvió conforme a derecho.

Por cuanto a que la ley impugnada no consagra plenamente el principio del debido proceso legal, en tanto éste no se agota con lo que señala la propia Constitución; la Corte, en su análisis, establece que la garantía contenida en el artículo 14 constitucional, permite a los justiciables acceder a órganos jurisdiccionales para hacer valer sus derechos de manera efectiva, en condiciones de igualdad procesal, así como ofrecer pruebas en su defensa y obtener una resolución que dirima las cuestiones debatidas; particularmente destaca, que en materia de justicia de menores, el debido proceso debe ser modalizado en función de los derechos genéricos y específicos que les han sido reconocidos, justamente en razón de las condiciones propias de los menores de edad.

En el tema que nos ocupa, la Corte Interamericana se ha pronunciado en los siguientes términos:

A nivel internacional, es importante destacar que los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño han asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial, bajo parámetros parecidos a los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas son los artículos 37 y 40.

A este respecto, es debido considerar asimismo, la posibilidad y conveniencia de que las formas procesales que observan esos tribunales revistan modalidades propias, consecuentes con las características y necesidades de los procedimientos que se desarrollan ante ellos, tomando en cuenta el principio establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño (...).

En opinión de la Corte Interamericana, el debido proceso tratándose de menores debe contemplar:

- Juez Natural
- Doble instancia y recurso efectivo
- Principio de Inocencia
- Principio de contradictorio
- Principio de publicidad

En los siguientes párrafos se mencionan brevemente las consideraciones de la Corte Interamericana, respecto a cada uno de los elementos citados.

Fundamentalmente la Corte señala de manera precisa que la garantía de los derechos implica la existencia de medios legales idóneos para la definición y protección de aquellos, lo que exige la intervención de un órgano judicial competente, independiente e imparcial, pero además, que las decisiones de éste puedan ser revisadas por una instancia superior que reúna las mismas calidades ya señaladas para el *A quo*.

Además de la doble instancia, es necesario que se brinde acceso a un recurso adecuado y efectivo. En su jurisprudencia contenciosa, la Corte ha establecido que un recurso es adecuado cuándo resulta idóneo para proteger la situación jurídica infringida y efectivo, en la medida de que sea capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido. Lo anterior significa que no basta la existencia formal de los recursos, sino que es necesario que éstos posean las características mencionadas para considerar que se ha respetado y garantizado este derecho.

En el mismo orden de ideas y haciendo una remisión a las Reglas de Beijing, establece la obligación de respetar en todas las etapas del proceso las garantías siguientes: Presunción de inocencia, derecho a ser notificado de las acusaciones, derecho a no responder, derecho a la asesoría legal, derecho a la presencia de los padres o tutores, a confrontarse con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.

El principio de presunción de inocencia, en palabras de la Corte IDH, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra el individuo prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla sino absolverla. Sumado a lo anterior, todo adolescente tiene derecho a ser informado directamente, sin demora, y en forma clara y precisa sobre la causa de su detención, qué autoridad la ordenó y a solicitar la presencia inmediata de un abogado y, en su caso, de sus padres, tutores o representantes.

La finalidad fundamental del derecho a ser informado de los motivos de la detención es permitir al detenido impugnar la legalidad de ésta y por otra parte, le proporciona elementos para su defensa, en el caso específico de los adolescentes, dicha información debe brindarse en un lenguaje que sea comprensible de acuerdo a su edad.

De la misma manera, los menores de edad tiene derecho a abstenerse de declarar, a no autoincriminarse y a no responder las preguntas que se le formulen y ese silencio no puede valorarse en su contra. La declaración que rinda voluntariamente deberá hacerla ante un Juez, siempre que previamente se haya entrevistado en forma privada con su defensor.

El principio de contradictorio como parte del debido proceso legal, implica en el caso de los menores, su intervención por sí o mediante representantes, en los actos del proceso, la aportación de pruebas y el examen de éstas, la formulación de alegatos, entre otros. Por cuanto el principio de publicidad y en relación con el interés superior del niño, ciertos límites son aconsejables, no por cuanto al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales, lo que se justifica en razón de evitar juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura.

En ese orden de ideas, de la lectura de la Ley de Justicia para Menores del Estado de San Luis Potosí, se desprende que consagra los principios del debido proceso legal; en efecto, se trata de Jueces especializados, se garantiza el derecho de defensa, se respeta el principio de presunción de inocencia, el derecho a ser infor-

mado en un lenguaje claro y accesible, a ser asistido por los padres o tutores o quienes ejerzan la patria potestad o custodia, se privilegia la privacidad en tanto se tiene derecho a solicitar que las audiencias se verifiquen a puerta cerrada y el derecho de apelar la decisión.

Si bien la Ley no utiliza el término "interés superior del niño", sus disposiciones lo contemplan al prescribir: "Esta Ley debe aplicarse e interpretarse atendiendo a que el procedimiento favorezca los intereses del menor"; lo que impone una limitación y es una obligación para las autoridades competentes en el ejercicio de sus atribuciones.

Así las cosas, la ley impugnada incorpora normas instrumentales propias de un sistema de justicia para menores, de modo que lo que la caracteriza, es precisamente que atiende de forma diferenciada y específica las infracciones a la ley penal por parte de los niños y adolescentes, justamente porque su propósito es que el proceso sea distinto al de los adultos, en razón de las condiciones propias de los menores de edad. Desde esa perspectiva, la sentencia analizada se ajustó a los estándares internacionales en la medida en que tomó en consideración para su decisión, si la ley tildada de inconstitucional, supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de los derechos y garantías de que son titulares.

No obstante lo anterior, extraña de sobremanera que la Suprema Corte no haya hecho referencia en su análisis al "interés superior del niño", considerando que este principio es regulador de la normativa que consagra sus derechos, y tiene como objeto último, el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos.

De otra parte, la impetrante de la acción de inconstitucionalidad, considera que el artículo 117 de la Ley, vulnera el artículo 18 constitucional, en tanto éste dispone que la medida de internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves, de modo que al establecer como límite

máximo de internamiento doce años (esta disposición fue reformada fijando como límite máximo de la medida, dieciocho años), no se está respetando el principio de proporcionalidad.

Según tal principio, para que la restricción de un derecho fundamental sea legítima se requiere que sea idónea para la consecución de un fin legítimo; que sea necesaria, es decir, que constituya la medida menos gravosa entre todos los medios alternativos que gocen de la misma idoneidad para conseguir la finalidad propuesta; y que sea proporcional en sentido estricto, esto es, que logre el equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que produce.

Este principio ha sido objeto de análisis y aplicación por la Corte Interamericana en varias de sus sentencias, respecto al cual ha sostenido:

En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión, debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos.

El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción.

En el anterior sentido, la Convención de los Derechos del Niño, regula estrictamente las restricciones al derecho a la libertad personal y establece que su aplicación debe ser el último recurso, por el período más breve que proceda y que debe ordenarse y ejecutarse de conformidad con la ley (art. 37, inciso b). El artículo 18 constitucional recoge esta disposición, cuando requiere que exista proporcionalidad entre el hecho y la medida privativa de libertad. Esta última sólo se puede utilizar como medida extrema en los casos de infracciones calificadas como graves y por el tiempo más breve que proceda.

En el contexto anteriormente descrito, el modelo de sistema de responsabilidad penal juvenil opera como una garantía a la vez que cumple una función limitadora del poder punitivo del Estado. Es el presupuesto para la intervención estatal coactiva en la vida del niño, y en este marco, se completa y diferencia del sistema penal de adultos por su amplia gama de sanciones así como por la excepcionalidad de la pena privativa de la libertad. En otras palabras, las sanciones que no acarrearán privación de la libertad operan como regla general y se definen y limitan a partir de los principios de limitación temporal, mínima duración posible y proporcionalidad sobre la base del injusto cometido. Por el contrario, la sanción privativa de la libertad sólo opera como una excepción. En definitiva, conforme al modelo de la protección integral de los derechos del niño, la sanción de privación de la libertad posee los mismos supuestos de aplicación de cualquier sanción penal juvenil –de determinación temporal y proporcionalidad sobre la base del injusto cometido– pero se caracteriza porque sólo puede ser impuesta como medida de último recurso, por el menor tiempo posible, por tiempo determinado y como consecuencia de la comisión de un delito grave taxativamente incluido en la ley.

Si bien la ley cuestionada señala que la medida de internamiento definitivo es la más severa y sólo se puede imponer a quienes tengan, o hayan tenido, al momento de realizar la conducta, una edad de entre catorce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad; y hayan cometido una conducta tipificada como delito de las enumeradas en su artículo 117; lo cierto es que no impone al juzgador la obligación de excepcionalidad de la medida, pues en los términos que está redactado dicho artículo y relacionado con el diverso 119, una vez que se está frente a la comisión de uno de tales delitos, la consecuencia es el internamiento definitivo, sin la posibilidad de considerar otras medidas. Lo anterior, evidentemente colisiona con lo preceptuado por el artículo 18 constitucional y con las disposiciones internacionales aplicables en materia de justicia para menores, que claramente señalan que el internamiento sólo podrá imponerse como medida extrema, lo que implica necesariamente, que aún frente a la comisión de delitos graves, como los previstos en el artículo 117 de la Ley, el Juez pueda decidir, considerando las circunstancias personales del adolescente, la imposición de otra medida, teniendo siempre en cuenta el interés superior del niño.

Exceptuar de esta posibilidad, implica necesariamente que la sanción tiene como único fundamento el acto cometido y entonces vale la pena preguntarse en qué sentido operan las circunstancias personales del adolescente. Adicionalmente, el hecho de establecer dieciocho años como tope máximo para la duración del internamiento definitivo, resulta cuestionable a la luz del artículo 37, inciso b) de la Convención de los Derechos del Niño y del propio precepto constitucional. En efecto, no entendemos cómo se puede considerar que dieciocho años es un tiempo breve en la vida de un adolescente; sin embargo, la Corte obvió estas consideraciones y en esa medida, no se ajustó a los estándares internacionales reseñados, pues tal como lo ha sostenido el Comité que vigila el cumplimiento de esa Convención: El recurso a la privación de libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración en la sociedad.

Finalmente, la Corte sostiene que no resulta inconstitucional que la Ley impugnada establezca, para lo no previsto en ella, la supletoriedad de los Códigos Penal y de Procedimientos Penales; toda vez que la disposición que la prevé, dispone que aquélla, solamente aplica bajo la condición de que no se oponga a los principios de esa jurisdicción especializada, y de manera particular, en el caso del Código Procesal, además del requisito anterior, sólo en aquellos aspectos adjetivos que no deban ser modalizados, protegiendo la integridad de los derechos y garantías de los adolescentes.

Luego, la Corte parte del hecho que, al encontrarse acotada la supletoriedad de los ordenamientos citados, por los principios que deben regir la jurisdicción para adolescentes, la Ley en cuestión, refleja el mandato constitucional previsto en el artículo 18.

Estamos de acuerdo en principio con lo resuelto por la Corte, en la medida que la aludida supletoriedad nunca podrá operar en perjuicio de los menores. Sin embargo, preocupa que la Ley en comento, no desarrolla en ninguna de sus disposiciones, cuáles son esos principios rectores que deberán guiar las actuaciones y decisiones de las autoridades competentes, de modo que en aquéllas, siempre se favorezcan los intereses de los adolescentes.

El Comité de los Derechos del Niño, respecto a este punto, ha sostenido:

(...) el Comité recomienda que los Estados Partes incorporen esas reglas en sus leyes y reglamentos nacionales

Desde esa perspectiva, no podemos obviar, que el propósito de la reforma constitucional, fue crear un régimen especializado aplicable a los menores infractores, en los que los principios: a) Respeto a los derechos del adolescente; b) Interés superior; c) Protección integral; d) Formación integral y; e) Reinserción del adolescente a su familia y comunidad; son los que deben prevalecer y orientar las decisiones que los afecten.

En consonancia con lo apuntado, el mismo Comité ha señalado:

En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. (...) La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública.

Sin embargo, la Ley de de Justicia para Menores del Estado de San Luis Potosí, no hace mención de tales principios ni los desarrolla; luego, no establece de manera clara cuáles son los parámetros a los que deberán ajustarse los operadores del sistema que la propia Ley crea, al aplicar tal supletoriedad.

Si bien, esta circunstancia no es suficiente para tildar de inconstitucional la ley, no puede dejar de advertirse, que son precisamente estos principios los que justifican y explican la necesidad de atender de forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños y adolescentes que han realizado conductas ilícitas.

Sin duda, respecto de este punto, la Corte debió considerar los estándares internacionales fijados por el órgano especializado y de esta manera, dar luz a los

operadores jurídicos del sistema de justicia para adolescentes, de modo que en sus decisiones, dichos estándares siempre tengan una consideración primordial.

V. COMENTARIOS FINALES

De lo apuntado, podemos concluir que le asiste la razón a la Corte cuando señala que la remisión que hace la Ley impugnada al Código Penal y las leyes penales, para la descripción de las conductas tipificadas como delitos, no es contraria al artículo 18 constitucional, en tanto es precisamente esta norma la que así lo contempla. Pero además, tal remisión tampoco resulta violatoria de la normativa internacional, pues como pudimos advertir, la Propia Convención de los Derechos del Niño, así lo prevé. En ese orden de ideas, si bien en el análisis realizado por la Corte no se hace alusión a la normativa internacional, a pesar de haber sido invocada por la promovente de la acción de inconstitucionalidad, es evidente que su decisión no es contraria a los estándares internacionales.

De otra parte, la Corte, para sostener la constitucionalidad de la Ley, establece en su sentencia, que no es preciso que el ordenamiento impugnado desarrolle los principios que los tratados internacionales consagran, en tanto que, cumplidos los extremos del artículo 133 constitucional, forman parte de nuestro sistema jurídico. En ese orden de ideas, la interpretación hecha por la Corte no parece ajustarse a los estándares internacionales. En efecto, si bien es cierta la premisa establecida por el máximo órgano jurisdiccional, no debe obviarse que una de las obligaciones que derivan de la ratificación de un tratado, es precisamente la de adecuar la normativa interna a modo de darle efectividad a los derechos en él reconocidos. Tal efectividad requiere, que los principios consagrados en dicho instrumento, deban y puedan ser aplicados directamente. Para que ello sea una realidad y no mera posibilidad, es necesario, no sólo oportuno, útil o deseable, que tales principios se desarrollen en la Ley. Desde esta perspectiva, la decisión de la Corte no es acorde con los criterios internacionales.

Por cuanto al debido proceso, según quedó establecido en los párrafos precedentes, la sentencia de la Corte analizó, si en efecto, la Ley cuestionada previó todas las normas instrumentales propias de un sistema integral de justicia para

niños y adolescentes, de modo que éstos, gocen efectivamente de los derechos y garantías de que son titulares por su condición de menores de edad. Si bien dicho análisis fue realizado exclusivamente desde una óptica de derecho interno, ello no es óbice para afirmar que la Ley en comento, contempla un procedimiento que incorpora los derechos y garantías establecidas en la normativa internacional y en esa medida, la sentencia de la Corte se encuentra conforme con los estándares internacionales.

En otro orden de ideas, la Corte consideró que las medidas que establece la Ley, aplicables a los adolescentes que hayan cometido conductas delictivas, cumplen con el principio de proporcionalidad. El órgano jurisdiccional realiza un análisis de cada una de las medidas contempladas en la Ley de Justicia para Menores y no parece percatarse que de que la proporcionalidad se cuestiona, únicamente respecto de la medida de internamiento definitivo, en tanto el límite máximo de su duración, no se corresponde con la prescripción constitucional ni con la convencional, que establecen que tal medida se utilizará por el tiempo más breve que proceda y como medida extrema, es decir, la privación de la libertad es la excepción, no la regla.

En el mismo sentido, las Reglas de Beijing, establecen que: "El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible". Por su parte, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, prescriben: "La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales".

La normativa internacional pertinente y los estándares internacionales fijados por los órganos competentes establecen que al mismo tiempo, el sistema de la justicia de menores debe ofrecer amplias oportunidades para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia con medidas sociales y/o educativas, y limitar de manera estricta el recurso a la privación de libertad, en particular la detención preventiva, como medida de último recurso. En la fase decisoria del procedimiento, la privación de libertad deberá ser exclusivamente una medida de último recurso y que dure el período más breve que proceda.

Conforme a los párrafos precedentes podemos concluir que en el análisis que realizó la Corte, no tomó en cuenta los estándares internacionales, justamente porque obvió realizar consideraciones respecto a los términos en que está previsto en la Ley impugnada, el internamiento definitivo y su duración, de frente a los principios de interés superior del niño y excepcionalidad de tal medida.

Finalmente, la Corte abordó la cuestión de la supletoriedad de la norma penal sustantiva y adjetiva, desde la óptica del derecho interno; en su opinión, resulta suficiente para no contravenir el artículo 18 constitucional, que tal supletoriedad esté condicionada a no colisionar con los principios rectores de la jurisdicción especializada. Si el asunto fuera tan simple como el planteamiento que hace la Corte, los distintos órganos internacionales a través de sus diversos mecanismos de actuación, jurisdiccionales, cuasi jurisdiccionales y no jurisdiccionales y de las distintas formas que adquieren sus decisiones, sentencias, recomendaciones, observaciones; no habrían sostenido reiteradamente la obligación de introducir las modificaciones necesarias en la legislación interna para darle efectividad a los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales. Tal efectividad implica, dotar a los operadores jurídicos de las herramientas necesarias para lograr la máxima protección de los derechos del individuo, para el caso, los derechos de los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal.



*Derechos de los pueblos
indígenas, acceso a la justicia
y discriminación*

HUGO AGUILAR ORTIZ
JOSÉ JUAN JULIÁN SANTIAGO*

* Abogados indígenas del pueblo Ñuu Savi integrantes de Servicios del Pueblo Mixe A.C.

I. INTRODUCCIÓN

La labor jurisdiccional de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resulta fundamental en un Estado democrático, tanto por el control que le corresponde frente a los demás poderes de la unión, como por la facultad de tutelar los derechos individuales, sociales y recientemente los derechos colectivos de las comunidades y pueblos indígenas.

Esta importante función, como es de esperar, genera elevadas expectativas de encontrar en la Corte resoluciones sensibles, justas y sobre todo que hagan eficaces las disposiciones normativas. En este sentido es común que antes de una resolución, exista una interacción constante entre las partes y el Máximo Tribunal, con la finalidad de lograr acceder a la justicia o en su caso, sentar un precedente relevante que oriente en futuras controversias, sin embargo, una vez emitido el fallo, éste se convierte en la verdad no sólo legal sino una verdad absoluta respecto del cual no cabe ninguna otra interacción entre el tribunal y los justiciables. Si pretendemos que las resoluciones que emitan los tribunales no sólo se ocupen de poner fin a las controversias, sino de efectivamente resolver los conflictos y convencer a

las partes, será indispensable multiplicar las iniciativas como el que en estas páginas se concreta.

En los últimos años, hemos visto algunos avances significativos en la incorporación de estándares internacionales de derechos humanos en la aplicación de las normas positivas mexicanas, como por ejemplo el principio de presunción de inocencia y el derecho a la defensa desde el momento de la detención, como parte del derecho general a una defensa adecuada.¹ Sin embargo, los Derechos de los Pueblos Indígenas como parte de los Derechos Humanos, no han corrido con la misma suerte.

Por esta razón, en el marco de la iniciativa del proyecto editorial que nos ha planteado la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, consideramos importante compilar los estándares internacionales referente a los pueblos indígenas para analizar resoluciones emitidas por la Corte al resolver las acciones interpuestas en contra de la Reforma Constitucional indígena de 2001, este ejercicio que ahora realizamos, consideramos, puede seguirse realizando respecto de otras resoluciones en materia indígena. Si bien como señalaba Floriberto Díaz Gómez,² "hablar de los derechos indígenas nos causa alegría o tristeza pues se trata de nosotros mismos", un análisis a la luz de los estándares internacionales de los derechos indígenas implica superar cualquier opinión simplista o subjetiva.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

La resolución emitida el 4 de octubre de 2002, por mayoría de votos de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente de amparo en revisión número 123/2002 se ocupa del análisis de la reforma constitucional en materia de "Derechos y cultura indígena" publicada el 14 de agosto de 2001, al haber sido considerada anticonstitucional tanto en el proceso legislativo que le

¹ Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, pág. 13.

² Díaz G., Floriberto (1993), *Contribuciones a la discusión sobre los Derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas*, CNDH, México.

dio origen como en su contenido, a la luz del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), suscrito y ratificado por el Estado mexicano en 1990. A la par de las acciones de amparo, se interpusieron un gran número de controversias constitucionales en el que, de igual modo, se cuestionó la constitucionalidad de estas reformas a la luz de los estándares internacionales de los derechos humanos.

Esta reforma constitucional que también fue llamada de "derechos y cultura indígena" o simplemente "Ley Indígena", se emitió en un contexto y momento singular que conviene tener presente. Para los pueblos indígenas, significó la posibilidad de que finalmente se establecieran sus derechos en nuestra Carta Magna, era el punto culminante de varias décadas de movilización y exigencia por su reconocimiento, asimismo, representaba la oportunidad de que nuestra Constitución reconociera plenamente a este sector de la sociedad. Aquí se debe destacar la apuesta por el Estado de Derecho del conjunto de organizaciones, comunidades y pueblos que se sumaron a los diálogos de Paz instaurada entre el Gobierno Federal y Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), mediante el cual, transformaron sus demandas sociales y políticas en un conjunto de propuestas de reforma constitucional, misma a la que le seguirían propuestas de reformas legales e institucionales.

La apuesta por el Estado de Derecho no fue una decisión menor si se tiene presente que la ineficacia de las instituciones encargadas de atender los problemas indígenas en todos sus aspectos, las políticas gubernamentales y las actitudes de un gran número de autoridades de todos los ámbitos y niveles, seguía manteniendo a las comunidades en la pobreza, marginación y en condiciones de desigualdad real frente al resto de la sociedad mexicana; es decir, era y sigue siendo precisamente el Estado de Derecho el que no ha permitido sacar a las comunidades de estas condiciones y no obstante, se apostaba a mejorarlas. No se optó por engrosar las filas de la rebelión armada sino por el contrario se exigió un cese al fuego y se procuró construir propuestas legales para ser incluidos desde el máximo cuerpo normativo.

Una década antes, en 1992, en ocasión de los 500 años del descubrimiento de nuestro continente, el tema indígena se colocó en los primeros planos de la

discusión nacional, originando que por primera ocasión se aludiera a los pueblos indígenas en una reforma constitucional. Mediante decreto del 22 de enero de 1992, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero del mismo año, se adicionó un primer párrafo al artículo 4 constitucional en el que se dispuso: "La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley". Esta norma constitucional fue calificada de culturalista pues fundamentalmente buscaba proteger las manifestaciones culturales, dejando a una ley reglamentaria la tutela de las culturas, usos y costumbres; esta reforma no tuvo mayor trascendencia e incluso nunca se emitió la ley reglamentaria.

El levantamiento zapatista del 1 de enero de 1994, nuevamente colocó el tema indígena en la discusión nacional. Tras la confrontación armada, tuvo lugar el mayor proceso de reflexión, análisis y consenso que tengamos memoria sobre los derechos de los pueblos indígenas, mismos que fueron plasmados en los Acuerdos de San Andrés Larráinzar suscritos el 16 de febrero de 1996 entre el EZLN y el Ejecutivo Federal; si bien, el acuerdo involucraba al Poder Ejecutivo y al poder legislativo, pues una comisión de legisladores que integraron la Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA) fungió como instancia mediadora, también fue relevante el consenso alcanzado entre las propias organizaciones, comunidades e indígenas de todo el país; quienes coincidieron que el contenido de los Acuerdos de San Andrés eran los derechos mínimos que debían establecerse para reconocer a los pueblos indígenas, asegurando el pluralismo, sustentabilidad, integralidad, participación y libre determinación como quedó plasmado en dichos acuerdos; con anterioridad se sostenía en que era necesario mejorar las condiciones de vida de las comunidades, incluso se debatía sobre la posibilidad de una reforma constitucional; pero no se había alcanzado un acuerdo sobre los derechos y los niveles en que debía plantearse la reforma, en este sentido, los Acuerdos de San Andrés significan un consenso importante para los pueblos.

Lo mismo puede decirse de la propuesta de reforma constitucional elaborada por la COCOPA, misma que sería enviada al Congreso de la Unión por el Presidente de la República Vicente Fox el 5 de diciembre de 2000; esta propuesta fue construida y consensada como el mínimo para que los pueblos indígenas mejoraran sus condiciones de vida. En ambos casos, los estándares internacionales fueron fundamentales para alcanzar estos consensos, un conjunto de definiciones y conceptos fueron tomados íntegramente de instrumentos internacionales y quedaron integrados tanto en los Acuerdos de San Andrés como en la propuesta de reforma constitucional.

Es de entender que cualquier reforma constitucional es de gran importancia no sólo para el sector al que va dirigido sino para la sociedad en general, sin embargo, la reforma constitucional indígena tenía mayores implicaciones por el contexto que brevemente hemos descrito. No se trataba de una propuesta surgida de la sabiduría de algún representante popular o del cuerpo de asesores presidenciales, sino de una iniciativa en el que participaron los pueblos e implicaba una seria apuesta por el Estado de Derecho, una propuesta para ser incluidos en el Estado mexicano desde el máximo cuerpo normativo. Sin embargo, no ocurrió así.

Si bien, la responsabilidad principal de que esta reforma no colmara las expectativas fue del Congreso de la Unión, una vez que se controvirtieron las reformas, la Suprema Corte de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse a la luz del momento histórico en que se presentó la iniciativa y a la luz de los estándares internacionales de estos derechos, lo que tampoco pasó.

III. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS APLICABLES

Partimos sistematizando los estándares internacionales entorno a cinco derechos fundamentales: el derecho a ser reconocidos como pueblos, el derecho a la libre determinación, el derecho a las tierras, territorio y recursos naturales, el derecho a los sistemas normativos propios y el derecho a la diversidad cultural. Con base en este criterio de análisis enlistaremos los instrumentos, doctrina y jurisprudencia

internacionales que resultan aplicables para el tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas antes mencionados. Valga la precisión que no destacaremos el carácter vinculante o no de los instrumentos citados, ya que nuestra intención es apelar a una interpretación extensiva y garantista de los derechos humanos, en esta ocasión de los derechos de los pueblos indígenas.

Dentro de los instrumentos internacionales considerados se encuentran la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Al conjunto de instrumentos internacionales se la ha denominado el *corpus juris de los derechos humanos*, por lo tanto su invocación resulta clave para regular las relaciones entre los Estados y entre éstos y los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción. Sobre este concepto la Corte Interamericana ha señalado que:

El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.³

Por otra parte, también incorporamos como fuentes de apoyo a la interpretación de estos instrumentos internacionales, la doctrina universal elaborada por

³ Jurisprudencia relativa al caso de la comunidad indígena *Yakie Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005.

el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, así como la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es de hacer notar que tanto la doctrina universal como la jurisprudencia constituyen fuentes de referencia obligatoria dada su finalidad interpretativa o aclarativa, sobre el alcance o valor jurídico de una disposición contenida en la normativa internacional.

Con base en lo anterior, consideramos que los estándares internacionales que resultan aplicables son:

a) Sobre el derecho a la libre determinación. Este derecho lo podemos encontrar considerado en los siguientes instrumentos internacionales:

Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos

Artículo 1

1. Todos los pueblos tienen el derecho de *libre determinación*.⁴ En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales

Artículo 7

1.- Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible su propio desarrollo económico social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

⁴ Las cursivas son nuestras.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la *libre determinación*. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de *libre determinación*, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

De los instrumentos internacionales anteriormente citados, podemos distinguir la referencia a este derecho a la libre determinación y en menor medida la definición de su contenido. Sin embargo, resulta también necesario para conocer los alcances de este derecho la Observación General Número 12 del Comité de Derechos Humanos, así como la Recomendación General Número 21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, las cuales citamos a continuación:

Observación General Número 12 del Comité de Derechos Humanos

2. El artículo 1 consagra un derecho inalienable de todos los pueblos, que se describe en sus párrafos 1 y 2. En virtud de ese derecho, los pueblos "establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural"...

Recomendación General No. 21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. El derecho a la libre determinación

2. El derecho a la libre determinación de los pueblos es un principio fundamental del derecho internacional. Está consagrado en el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas, el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en otros instrumentos internacionales de derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula los derechos de los pueblos a la libre determinación, además

del derecho de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas al disfrute de su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a utilizar su propio idioma.

4. En lo que atañe a la libre determinación, es necesario distinguir entre dos aspectos. El derecho a la libre determinación de los pueblos tiene un aspecto interno, es decir, el derecho de todos los pueblos a llevar adelante su desarrollo económico, social y cultural sin injerencias del exterior. A este respecto, existe un vínculo con el derecho de todo ciudadano a participar en la dirección de los asuntos públicos en todos los niveles, tal como se estipula en el apartado c) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Por consiguiente, los gobiernos deben representar a toda la población sin distinción alguna por motivos de raza, color, ascendencia o nacionalidad u origen étnico. El aspecto externo de la libre determinación significa que todos los pueblos tienen derecho a determinar libremente su condición política y el lugar que deben ocupar en la comunidad internacional sobre la base del principio de igualdad de derechos y tomando como ejemplo la liberación de los pueblos del colonialismo y la prohibición de someter a los pueblos a toda sujeción, dominio y explotación del extranjero.

No debemos perder de vista que en nuestro país el ejercicio de este derecho se ha planteado siempre dentro del contexto del Estado mexicano, es decir, la libre determinación se ejercerá a través de la autonomía y no la secesión, despejando aquellos cuestionamientos que advertían de que los pueblos indígenas querían constituir un Estado dentro del Estado mexicano.

Sobre este derecho, también podemos encontrar algunas consideraciones e interpretaciones en la jurisprudencia que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como por ejemplo el caso *Yatama vs. Nicaragua*:

225. La Corte estima que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y

participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, *así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización*, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención.⁵

b) Sobre el derecho a ser considerados como pueblos indígenas. Este derecho lo podemos encontrar reflejado en los siguientes instrumentos internacionales:

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

a) (...);

b) a *los pueblos* en países independientes, *considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.*

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 1

Los indígenas tienen derecho, *como pueblos o como personas*, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos.

Artículo 33

1. *Los pueblos indígenas* tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.

⁵ Caso *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de fecha 23 de junio de 2005, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.

c) Sobre el derecho a las tierras, territorios y recursos naturales. El derecho a la propiedad y posesión de las tierras y recursos naturales, localizados en los territorios de los pueblos indígenas, ha merecido especial atención en el ámbito internacional, reconociendo la propiedad originaria y desarrollando el concepto de territorio para distinguirla del concepto de tierras. Este derecho lo encontramos en los siguientes instrumentos normativos:

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán *respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos*, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término en los artículos 15 y 16 deberá incluir *el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera*.

Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados *el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan...*

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 15

1. *Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.*

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 25

Los pueblos indígenas tienen *derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos* que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen *derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.*
2. Los pueblos indígenas tienen *derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.*

Sobre este derecho, se han pronunciado el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en la Recomendación General Número 23. A continuación transcribimos los párrafos conducentes.

Recomendación General número 23

3. El Comité está consciente de que en muchas regiones del mundo se ha discriminado y sigue discriminándose a los pueblos indígenas, y se les ha privado

de sus derechos humanos y libertades fundamentales, y concretamente, de que los colonizadores, las empresas comerciales y las empresas de Estado les han arrebatado sus tierras y sus recursos. En consecuencia, la conservación de su cultura y de su identidad histórica se ha visto y sigue viéndose amenazada.

5. El Comité exhorta especialmente a los Estados Partes a que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios.⁶

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado este derecho en la jurisprudencia emitida en los casos de las comunidades indígenas Mayagna (sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua, y Yakie Axa *vs.* Paraguay, de los cuales a continuación citamos algunos párrafos que resultan especialmente relevantes e ilustrativos.

Caso de la comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua

149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un

⁶ Recomendación General Número 23, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.⁷

Caso de la comunidad Yakie Axa vs. Paraguay

131. Haciendo uso de los criterios señalados, este Tribunal ha resaltado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras.

135. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.⁸

d) Sobre el derecho a los sistemas normativos indígenas. El tema del derecho indígena o sistemas normativos, ha sido incorporado en algunos instrumentos internacionales, dentro de ellos el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Haciéndose la distinción entre los derechos de la persona indígena sometida a la jurisdicción de los tribunales establecidos en el sistema jurídico nacional y el derecho de los propios pueblos a resolver sus conflictos cometidos por sus integrantes conforme a su propios sistemas normativos. Sobre este segundo aspecto encontramos los siguientes instrumentos normativos:

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales

Artículo 8

Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

⁷ Caso de la comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de fecha 31 de agosto de 2001. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁸ Caso de la comunidad indígena Yakie Axa vs. Paraguay, sentencia de fecha 17 de agosto de 2005. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que pueden surgir en la aplicación de este principio.

Artículo 9

En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

e) Sobre el derecho a la diversidad cultural. Este derecho, guarda una estrecha relación con todos los demás derechos enunciados, con el derecho a una identidad cultural, y con el derecho a la no discriminación. A continuación citamos los instrumentos normativos que lo contienen:

Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural

Artículo 1 – La diversidad cultural, patrimonio común de la humanidad. La cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan a los grupos y las sociedades que componen la humanidad. Fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

Artículo 2 – De la diversidad cultural al pluralismo cultural.

En nuestras sociedades cada vez más diversificadas, resulta indispensable garantizar una interacción armoniosa y una voluntad de convivir de personas y grupos con identidades culturales a un tiempo plurales, variadas y dinámicas. Las políticas que favorecen la integración y la participación de todos los ciudadanos garantizan la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz. Definido de esta manera, el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural. Inseparable de un contexto democrático, el pluralismo cultural es propicio para los intercambios culturales y el desarrollo de las capacidades creadoras que alimentan la vida pública.

Artículo 4 – Los derechos humanos, garantes de la diversidad cultural.

La defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos indígenas. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance.

Ahora bien, sobre este derecho, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General número 23, referente a los derechos de las minorías étnicas, religiosa o lingüísticas, ha señalado en su análisis del artículo 27, en su párrafo 7, que:

7. Por lo que se refiere al ejercicio de los derechos culturales protegidos por el artículo 27, el Comité observa que la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley. El goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan.⁹

⁹ Observación General Número 23 del Comité de Derechos Humanos.

IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

1. Antecedentes y hechos

Como hemos señalado, la resolución emitida el 4 de octubre de 2002, por mayoría de votos de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente de Amparo en Revisión número 123/2002, derivado del juicio de amparo indirecto número 646/2001 del índice del Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Morelia, Michoacán, se ocupa del análisis de la reforma constitucional en materia de "Derechos y cultura indígena" publicada el 14 de agosto de 2001, señalada como acto reclamado por la comunidad indígena de Zirahuén, Municipio de Salvador Escalante, Estado de Michoacán. Adicionalmente a esta acción, se interpusieron diversas controversias constitucionales en contra de dicha reforma constitucional, por lo que hemos considerado necesario traer a cuenta para el análisis el pronunciamiento que por mayoría de votos emitió la SCJN en los expedientes 82/2001 y 48/2001, mismos que fueron desechados por ser improcedentes, así como el voto particular formulado por los Ministros Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón y Juan Silva Meza.

En ambas acciones, el acto controvertido fue el decreto por el que se adiciona un segundo y tercer párrafos al artículo 1, se reforma el artículo 2, se deroga el párrafo primero del artículo 4, y se adiciona el sexto párrafo al artículo 18, y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Federal, se cuestionó que esta reforma constitucional era anticonstitucional, tanto en el proceso legislativo que le dio origen como en su contenido a la luz del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), suscrito y ratificado por el Estado mexicano en 1990.

En ninguno de los dos casos podemos encontrar un pronunciamiento mediante el cual se pueda desprender el alcance de los derechos indígenas reconocidos en los instrumentos internacionales, antes bien, existe manifestación del Juez

de Distrito que el Convenio 169 en especial, no vincula al órgano encargado de reformar la Constitución. Veamos las partes más relevantes de las resoluciones.

2. Consideraciones esenciales

En principio, debe destacarse que el Juez Primero de Distrito en el Estado de Michoacán, consideró procedente la acción constitucional intentada, respecto del procedimiento de reforma constitucional, fundándose en la tesis de jurisprudencia emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente a la Novena época, Tomo X de septiembre de 1999, identificada como tesis P.LXII/99, bajo el rubro: REFORMA CONSTITUCIONAL, AMPARO CONTRA SU PROCESO DE CREACION. EL INTERÉS JURÍDICO DERIVA DE LA AFECTACIÓN QUE PRODUCE, EN LA ESFERA DE LOS DERECHOS DEL QUEJOSO, EL CONTENIDO DE LOS PRECEPTOS MODIFICADOS, mediante el cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación había considerado que las reformas a la Constitución podían ser objeto de un medio de control de regularidad constitucional.

La procedencia o improcedencia de una acción constitucional en contra de una reforma constitucional es de gran importancia para el tema que nos ocupa. En efecto, si se determina que es procedente una acción en contra de la reforma, se abre la posibilidad de que la Suprema Corte analice los conceptos de violación o de invalidez que se planteen, por lo que, con independencia del sentido del fallo, la Suprema Corte se puede pronunciar sobre la causa que origina la inconformidad y en muchos casos arroja elementos que deben tomarse en cuenta sobre el alcance de los derechos que se estiman violados, por el contrario, si se estima que es improcedente la acción, no se entrará a dicho análisis.

En este sentido, en primera instancia, el Juez Primero de Distrito del Estado de Michoacán, determina que es posible controvertir la reforma constitucional indígena e incluso, frente a la petición de la Presidencia de la República y el Congreso de Aguascalientes de sobreseer la demanda en virtud de que la comunidad quejosa no argumentó el porqué tachaba de inconstitucional el proceso legislativo que culminó con la pretendida reforma constitucional, desestimó esta argu-

mentación señalando que del examen completo de la demanda se advierte la razón de la inconformidad, en este aspecto, expresamente expuso:

Desaciertan las autoridades al considerar lo anterior pues si bien es cierto la anterior transcripción de la tesis jurisprudencial ilustra la manera en que será procedente la acción constitucional, ello no conlleva a considerar que los conceptos de violación no son circundantes a combatir los vicios legislativos del proceso de creación... Ello es así, pues aun y cuando en la demanda causa del presente expediente la comunidad indígena quejosa no expresó concepto que demostrara la ilegalidad del proceso de creación contenido en el artículo 135 de la Constitución, no conlleva a declarar la inexistencia de los agravios... Así las cosas,... este Juez Federal considera que en el escrito inicial de la demanda de amparo se encuentra acreditada la causa de pedir de la persona moral quejosa, habida cuenta de que señala que en el proceso de reforma constitucional *se dejó de observar lo establecido por un convenio internacional que forma parte del derecho mexicano* al estar debidamente celebrado y ratificado por las autoridades a quienes les compete hacerlo...

Sobre la base de que es procedente el juicio de amparo respecto del procedimiento de reforma pero no así respecto de su contenido, el Juez de Distrito entra al estudio de los motivos de inconformidad y para determinar que es infundada la acción, realiza un pronunciamiento relacionado con el Convenio número 169 de la OIT que se estimó violentado, señalando:

Es infundada la causa de pedir en el presente juicio de garantías,... que sustancialmente consiste: a) El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, violan lo dispuesto por los artículos 16 y 133 constitucionales, al ignorar sin fundamento ni motivación legal el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes ratificado en mil novecientos noventa por el Senado de la República... b) Que para la creación de la reforma Constitucional no se realizó la consulta a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, c) Que la reforma carece de fundamentación y motivación pues el acto de aprobación estuvo ayuno de todo razonamiento e información del convenio internacional.

... Estos son los requisitos que deben observar en el proceso de reforma de la Constitución, cuando el poder reformador tiene la facultad de modificar

el texto constitucional en los términos aprobados por la reforma, sin que ello implique que se encuentra supeditado a la observancia de tratados internacionales ni leyes federales, habida cuenta de que la voluntad legislativa del Constituyente permanente no puede sujetarse a reglas establecidas en cualesquiera otro ordenamiento ya jurídico ya político, sino que únicamente, y por criterio plenario, debe observar las formalidades establecidas para el procedimiento de reforma. (...) Bajo este orden de ideas, cobra poca importancia el hecho de que exista un tratado internacional que forma parte del derecho positivo mexicano, pues no se parte de la premisa de oposición de una ley del Congreso de la Unión; es decir, no existe un conflicto de espacio o tiempo entre una ley y el tratado que dice el quejoso se dejó de observar, pues inclusive aunque se diera el supuesto (como lo quiere hacer valer el quejoso) de que el tratado esté en pugna con el texto constitucional, por el principio contenido en el artículo 133 del referido ordenamiento tiene preeminencia la observancia y aplicación de las disposiciones de la Carta Fundamental...

De esta manera, en caso de considerarse fundados los argumentos del quejoso, se estaría supeditando la voluntad constitucional a las disposiciones contenidas en un documento internacional, restringiendo la soberanía del propio Constituyente permanente...

De igual forma, sirve el anterior criterio para declarar lo infundado del argumento en el sentido de que debió consultarse el contenido de la reforma a los pueblos interesados... pues esta obligación no se establece constitucionalmente, ni mucho menos existen los conductos legales y constitucionales a través de los cuales se pudiera establecer como una forma de un proceso de reforma constitucional la previa consulta a los entes a afectar, máxime que tal forma de actuar estaría en oposición al régimen e institución actual que prevé la elección popular de personas físicas a efecto de llevar esa función legislativa...

Al inconformarse con esta sentencia, los autorizados legales de la comunidad Efrén Capiz Villegas y Eva Castañeda Cortés, reconocidos impulsores y defensores de los derechos indígenas, interpusieron recurso de revisión, misma que correspondió conocer a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en virtud de que se planteaba la constitucionalidad de la pretendida reforma constitucional.

La sentencia en este recurso de revisión se emitió el 4 de octubre de 2002, un mes después de que se resolvieran las controversias constitucionales en los que se determinó que no era procedente ninguna acción constitucional (juicio de amparo, controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad) en contra de una reforma constitucional, ni en cuanto a su proceso legislativo ni respecto de su contenido.

Una vez que la Suprema Corte determinó improcedentes cualquier acción en contra de una reforma constitucional al resolver la controversia constitucional número 82/2001, promovido por el Municipio de San Pedro Quiatoni, Oaxaca, el resto de las controversias constitucionales que sumaban más de 200, fueron declaradas improcedentes sin entrar al estudio del fondo de la situación planteada. Este nuevo criterio, se aparta del anterior en que se consideraba que era procedente examinar el proceso legislativo que daba origen a una reforma constitucional, dio origen a las tesis de jurisprudencia J./P. 39/2002 con el rubro: PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL y J./P. 40 con el rubro CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. ES IMPROCEDENTE PARA IMPUGNAR EL PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCION FEDERAL.

El primero de los criterios citados, tiene implicación directa en los Juicios de Amparos, pues se determina que no es posible ningún tipo de control constitucional, por lo que se considera pertinente transcribirlo.

PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL. De acuerdo con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo; esto es, la función que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, las legislaturas de estatales al aprobarlas, y aquél o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de votos de las legislaturas locales y, en su caso, la declaración de haber sido aprobadas las reformas constitucionales, no lo hacen en su carácter aislado de órganos

ordinarios constituidos, sino en el extraordinario de órgano reformador de la Constitución, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales, constituyendo de esta manera una función soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo, porque la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía.

Controversia Constitucional 82/2001.- Ayuntamiento de San Pedro Quiatoni, Estado de Oaxaca.- 6 de septiembre de 2002.- Mayoría de ocho votos; votaron en contra Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Guitrón y Juan N. Silva Meza.- Ponente Olga Sánchez Cordero de García Villegas.- Secretarios: Pedro Nava Malagón y Eva Laura García Velasco.

Con base en este nuevo criterio, estaba echada la suerte del recurso de revisión 123/2002 que se analiza; sin embargo, a diferencia de lo que ocurrió con las controversias constitucionales que sin mayor análisis se declararon improcedentes, por razones de técnica jurídica no se pudo declarar improcedente el recurso de revisión. Recordemos que la sentencia de primera instancia se emitió al amparo de la tesis emitida por el Pleno de la Suprema Corte en que se admitía la posibilidad de someter a control constitucional el proceso de reforma a la Constitución; el recurso de revisión, se interpuso en contra de dicha sentencia, respecto del cual no se podía alegar improcedencia pues claramente el artículo 107 fracción VII inciso a) faculta a la Corte para conocer del recurso de revisión cuando después de una sentencia de primera instancia subsiste las cuestiones de constitucionalidad planteadas.

En estas condiciones, la resolución del recurso de revisión se sustentó en una diversa causal de improcedencia prevista en el artículo 73 fracción V al considerar que la reforma constitucional no afecta el interés jurídico de la comunidad quejosa. Esta situación originó que la Segunda Sala hiciera algunos pronunciamientos sobre el fondo del tema indígena contenida en la reforma constitucional, a fin de resolver si dicha reforma afecta o no el interés de la comunidad. Estos pronunciamientos, consideramos, nos ayudan a entender la mirada de la Corte sobre estos derechos y su posible atención o no respecto de los estándares internacionales.

Al respecto la segunda sala expuso:

El interés jurídico para promover el juicio de amparo debe derivar directamente de los efectos que produzca en la esfera jurídica del gobernado la vigencia de los nuevos preceptos, pues sólo mediante la afectación o agravio a su esfera jurídica por los nuevos preceptos estará en aptitud de impugnar las violaciones en el proceso que les dieron origen.

Por tanto, atendiendo al interés jurídico necesario para la procedencia del juicio de amparo en los términos anteriormente definidos es necesario analizar si las normas constitucionales modificadas mediante el proceso legislativo de reformas impugnado se relacionan con la esfera jurídica del gobernado quejoso y le causan un agravio o perjuicio a éste respecto...

Hasta aquí, la segunda sala parece sostener el criterio que es procedente el juicio de amparo para controvertir una reforma constitucional, incluso no sólo respecto del procedimiento legislativo, sino respecto de su contenido, pues señala que para que dicho juicio sea procedente es "necesario analizar si las normas constitucionales modificadas mediante el proceso legislativo de reformas impugnadas se relacionan con la esfera jurídica del gobernado"; no obstante, mas adelante habría de concluir categóricamente que no es procedente ningún medio de impugnación congruente con lo resuelto en las controversias constitucionales.

Sostenido en esta aparente procedencia del juicio de amparo contra la reforma constitucional y con el objetivo de acreditar que se actualiza una distinta causal de improcedencia, la Suprema Corte analiza la adición al artículo 2 Constitucional, señalando:

... en torno a las normas constitucionales reformadas, ... estas surgen con motivo de la realidad social que exige regulación y consagración de derechos en materia indígena para el logro de una verdadera libertad e igualdad social.

En ellas se establecen derechos mínimos a favor de los pueblos indígenas que pueden ser ampliados por las legislaturas locales de acuerdo con sus propias condiciones y particularidades, sujeta tal ampliación únicamente a la condición de que los principios consignados en los preceptos de la Carta Magna no se contradigan, sino que se mantengan en su esencia.

La Corte define que el contenido del artículo 2 es el que propiamente consagra los derechos fundamentales en esta materia, y al realizar su análisis resalta que este precepto:

- a) Establece el postulado básico del que debe partirse para la interpretación de sus diversas previsiones consistente en que "La Nación Mexicana es única e indivisible".
- b) Reconoce como sustento original de la Nación Mexicana a los pueblos indígenas; la definición de pueblo y comunidad indígena, siendo estas "identificables por su pertenencia a un pueblo y a partir de criterios de unicidad, territorialidad y gobierno".
- c) Sobre la base de este postulado y definición, la Corte hace referencia a los derechos consignados en los apartados "A" y "B" del artículo 2 constitucional, haciendo algunas precisiones en algunos de ellos, así tenemos:
 - 1) Con relación al "Derecho de los pueblos y comunidades indígenas a ser reconocidos como tales", secunda la posición sostenida en la reforma constitucional de que por la diversidad de poblaciones indígenas del país debe ser materia de regulación por las Constituciones y leyes de las entidades federativas, precisando que respecto de las comunidades indígenas "... se establece la obligación para los Estados, ... de dictar las normas para su reconocimiento como entidades de interés público".
 - 2) Con relación al "derecho a la libre determinación y por tanto a la autonomía", este derecho debe entenderse, "desde luego, sujeto al postulado básico de la unidad e indivisibilidad nacional y a su ejercicio sujeto al marco constitucional"; convalidando la decisión del legislador en el sentido de que serán las legislaturas estatales las encargadas de regular las características de este derecho con la única condición que "deben ser aquellas que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas".

- 3) Reproduciendo literalmente el contenido del apartado "A" del artículo 2 constitucional, enfatiza que éstos son los "derechos mínimos de autonomía que los Estados deben garantizar en la regulación jurídica que realicen de sus pueblos y comunidades indígenas".

Con este análisis, la Suprema Corte concluye:

El anterior análisis de las disposiciones previstas en las normas constitucionales reformadas, permiten arribar a la conclusión de que éstas no causan perjuicio alguno a las comunidades indígenas,(...), pues en ellas se prevé una serie de derechos en su favor y de acciones y obligaciones que deberán ser realizadas por la Federación, los Estados y los municipios para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas, eliminar las prácticas discriminatorias, asegurar la vigencia de sus derechos, promover un desarrollo integral y abatir las carencias y rezagos que les afectan, es decir, se establecen una serie de *garantías mínimas a favor de los pueblos y comunidades indígenas que lejos de perjudicarles* en su esfera jurídica los benefician, dado que precisamente fueron expedidas para proteger a estos sectores de la población y lograr con ello una mayor igualdad y justicia social.

Por tanto, es claro que no existe una afectación o menoscabo a la esfera jurídica de la población indígena con la vigencia de los artículos constitucionales que dio lugar al proceso de reforma controvertido y que, por tanto, no existe el perjuicio base para la procedencia del juicio de amparo. *Sin que tal interés pueda derivarse de la forma en que el órgano reformador de la Constitución decidió proteger y garantizar mayores condiciones de igualdad y desarrollo a estos sectores de la población mexicana, pues nuestra Carta Magna no establece medio de defensa constitucional alguno para impugnar el contenido de una adición, reforma o derogación de la misma, en tanto ello atentaría contra el sistema en ella establecido.*

Finalmente, frente a la posibilidad de que analizara la reforma constitucional en cuanto a su contenido y proceso legislativo, mismo que daba la posibilidad de hacerlo a la luz de los estándares internacionales de los derechos humanos e incluso del derecho comparado, la Suprema Corte señaló que admitir un medio de impugnación constitucional contra las reformas, "atentaría contra el sistema constitucional establecido, pues vía el medio de defensa constitucional, un órgano

diverso al que constitucionalmente se le otorga la función de reformar la Constitución podría invalidar la voluntad de éste, convirtiéndolo así en un Poder superior a todos los que el Poder Constituyente estableció...".

V. ANALISIS DE COMPATIBILIDAD DE LA RESOLUCION CON LOS ESTANDARES INTERNACIONALES

En principio debemos señalar que por la controversia suscitada sobre la procedencia o improcedencia de una acción constitucional en contra de la reforma indígena, la Corte no realiza un análisis pleno e intencionado de dicha reforma. El análisis en el amparo en revisión, se circunscribió a comprobar si la reforma afectaba o no el interés jurídico de la comunidad quejosa para hacer procedente el juicio de amparo y no se ocupó en ningún momento de analizar el motivo de inconformidad en el que se planteó que la reforma es menor a lo establecido, entre otros, en el Convenio 169 de la OIT.

Bajo esta perspectiva, la Suprema Corte parte de un parámetro simple que se puede enunciar en el sentido de que, si las comunidades indígenas tenían muy poco o nada antes de la reforma, sin importar el alcance de ésta, no puede afectarles en modo alguno ya que es superior a lo que existía antes de la reforma, además "se trata de derechos mínimos que pueden ser ampliados por las legislaturas Estatales". Otro aspecto que limita el análisis de la reforma constitucional, es el argumento de soberanía mediante el cual se plantea que no es posible analizar la reforma a la luz de ningún instrumento internacional; la voluntad del constituyente, señala la Corte, no puede estar supeditada a ningún otro ordenamiento jurídico o político, situación que lleva al Juez Federal a señalar expresamente que "cobra poca importancia el hecho de que exista un tratado internacional que forma parte del derecho positivo mexicano". En este sentido el pretendido nivel constitucional de las normas controvertidas impide su análisis a la luz de instrumentos internacionales, respecto de los cuales la Suprema Corte determinó que están por debajo de la Constitución y sobre las leyes ordinarias.

Otros propósitos y no precisamente el de evaluar la reforma constitucional a la luz de los estándares internacionales, llevó a la Corte a pronunciarse sobre el

contenido de la reforma, estos pronunciamientos nos permiten hacer el análisis de compatibilidad que nos hemos propuesto, aunque es necesario prevenir que el análisis de la Corte se reduce a parafrasear la propia reforma convalidando su contenido, de ahí que el análisis comparativo más bien implicará el análisis de la reforma misma.

De este ejercicio tenemos:

a) Sobre el derecho a la libre determinación. Consideramos que la resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es compatible con los estándares internacionales, en la medida en la que hace un reconocimiento a la existencia de este derecho en favor de los pueblos indígenas. Los estándares internacionales al tratar el derecho a la libre determinación hacen referencia al ámbito político, económico, social y cultural en los que se puede expresar la autonomía, lo que también se ve referido en la sentencia objeto del análisis. Sin embargo, la vigencia de este derecho se ve supeditada a un reconocimiento posterior en las legislaciones de las entidades federativas, sobre este particular, la Corte señala que se trata de una decisión adecuada, pues las legislaturas estatales tendrían la encomienda de adecuarlo a las aspiraciones de los pueblos; a casi 10 años de esta reforma, esto no ha ocurrido por lo que se ha tornado en una disposición ineficaz. Como se ha dicho, la resolución de la Corte convalida la reforma constitucional sobre la base de que este derecho es mayor a lo que existía antes de la reforma y no porque precisamente sea compatible con los estándares internacionales de los derechos indígenas.

b) Sobre el derecho a ser considerados como pueblos indígenas. Respecto de este derecho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emplea una definición del sujeto colectivo pueblo indígena, perfectamente compatible con los estándares internacionales, en especial con el Convenio 169 de la OIT en su artículo 1.b. , sin embargo, limita este reconocimiento de los derechos que ello conlleva, al considerar que es labor de las entidades federativas establecer un marco normativo de su reconocimiento incorporando para ello criterios "etnolingüísticos y de asentamiento físico". Esta valoración contraviene el principio de autoadscripción reconocido en la misma reforma constitucional y en los instrumentos

internacionales de derechos humanos ya citados con anterioridad. En este rubro merece particular mención el carácter e implicación que debe tener este reconocimiento, por una parte el derecho a ser considerado como pueblos implica reconocerlos como sujetos de derechos, precisamente como el sujeto a quien le es atribuible un conjunto de derechos, este es el sentido que tiene en los instrumentos internacionales, ya que un reconocimiento sin la calidad de sujeto jurídico carece de sentido. De ahí que el trato como sujetos de interés público que se establece en la reforma constitucional y que se ordena reglamentar por las legislaturas estatales se aparta de las implicaciones que se da a este reconocimiento en el ámbito internacional.

c) Sobre el derecho a las tierras, territorios y recursos naturales. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en su análisis incorpora el término de hábitat relacionado con las tierras y no en relación con los territorios en los términos establecidos por el Convenio 169 de la OIT en su artículo 13.2. En la sentencia tampoco existe una definición de lo que comprende este concepto, caso contrario con lo establecido en la norma internacional citada. Un segundo aspecto de incompatibilidad que resulta relevante visibilizar, es el que tiene que ver con la diferencia existente entre el derecho a la propiedad y posesión de las tierras y recursos naturales, considerados en los estándares internacionales, y el uso y disfrute preferente consignado en la sentencia y la reforma constitucional. El reconocimiento del derecho a la propiedad y posesión de las tierras y los recursos naturales, lejos de verse motivado por una intención de compatibilidad con los estándares internacionales, se ve limitada en el momento en que se establecen como excepciones al mismo las áreas estratégicas, así como por derechos de terceros. Parece claro que, ante un marco tal, difícilmente se podrán reclamar tierras por derechos ancestrales, con lo que se vuelve a estar muy lejos de reconocer y aplicar efectivamente esos estándares internacionales, que son el tema que aquí nos compete.

d) Sobre el derecho a los sistemas normativos indígenas. Existe compatibilidad en cuanto al reconocimiento de la existencia de sistemas normativos propios de los pueblos indígenas, así como en el uso de este concepto abandonando el de "usos y costumbres". Pero existe una diferencia en cuanto a los límites que se establecen a esa jurisdicción, siendo más restrictivos en el caso mexicano que en el

caso internacional, en la medida en que se establecen requisitos adicionales. De igual forma la sentencia siguiendo al pie de la letra lo establecido en la Constitución termina subordinando los sistemas normativos indígenas a la justicia estatal, en el momento en que condiciona su validez a una ley secundaria y a las resoluciones que en su caso dicten los jueces y tribunales.

e) Sobre el derecho a la diversidad cultural. Existe sobre este derecho un grado de compatibilidad mayor con los estándares internacionales, en la medida en que derechos parecen no representar un cuestionamiento a los fundamentos políticos del Estado.

Por otra parte, un aspecto que no podemos dejar pasar es el voto de minoría que formularon los Ministros Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón y Juan Silva Meza en contra de la sentencia mayoritaria que declaró improcedente la controversia constitucional interpuesta en contra de la reforma constitucional indígena. Si bien, este voto minoritario también arriba a la conclusión de declararlas improcedentes, realiza un estudio de los planteamientos formulados en la Controversia Constitucional, de los cuales y para los fines que nos hemos propuesto, amerita particular atención el derecho a la consulta.

Sobre este derecho, frente al cuestionamiento formulado en la controversia constitucional en el sentido de que la reforma violó el derecho de consulta de los pueblos indígenas, el voto minoritario, expone:

... bajo la base de este sistema representativo y federal en el ejercicio de la función legislativa, nuestra Carta Magna no establece intervención en forma directa del pueblo o de los sectores de este, partiendo de que el pueblo se encuentra representado mediante la elección directa que hace de los integrantes de las Cámaras que conforman el Congreso de la Unión. La función de reformar la Constitución ha sido confiada a una combinación de órganos, al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los Estados, y tal función no se supedita en el artículo 135 constitucional al acuerdo o consentimiento previo de la población, en virtud de que precisamente ello es realizado por sus representantes.

Es claro que si en el caso la iniciativa presidencial que puso en marcha la función reformadora de la Constitución se basó en los Acuerdos de San Andrés Larráinzar, ello fue por que existió una consulta y acuerdo con los pueblos indígenas, pero dado que tal iniciativa no vincula al órgano reformador, las normas constitucionales aprobadas puede diferir de los términos originales de la iniciativa sin que esto implique, por sí solo, que las diversas audiencias y encuentros que las comisiones de las Cámaras integrantes del Congreso tuvieron con las etnias y pueblo indígenas hayan sido meramente simbólicas y que no se haya reflejado en las normas aprobadas los puntos que fueron objeto de acuerdo, en los términos pretendidos por la parte actora, pues para poder establecer tales determinaciones tendría que realizarse un análisis comparativo de la iniciativa con el contenido de las normas constitucionales aprobadas, lo que no puede realizar esta Suprema Corte ... ni ello se dispone así en el Convenio 169 ni en ningún otro instrumento internacional aprobado por el Estado Mexicano.

Como se ve, estas conclusiones no son diferentes a los arribados por el voto mayoritario en el sentido de que el constituyente no puede sujetarse a ningún ordenamiento, sin embargo, a diferencia del voto mayoritario este análisis se hizo teniendo presente lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT, de tal forma que conforme a este criterio, se evidencia que tratándose de reformas constitucionales, los avances del derecho a la consulta contenidos en los estándares internacionales son irrelevantes. Falta ahora conocer que trascendencia tendrían frente a normas y actos de rango inferior al Constitucional.

Por otra parte, el resultado del debate sobre la procedencia o improcedencia de un medio de impugnación en contra una reforma constitucional, deja un aspecto del sistema jurídico mexicano sin recurso efectivo para garantizar no sólo que se ajuste al procedimiento de reforma constitucional, sino sobre todo que sea justo. Esta situación abre la posibilidad que, ante un eventual proceso de reforma constitucional que derogue alguna garantía de capital importancia sin cumplir con las formalidades establecidas por la propia Constitución y no haya posibilidad de impugnarla, ya que la Corte se ha declarado sin competencia para analizarla; aquí resulta relevante el voto minoritario que consideró procedente las controversias constitucionales respecto del procedimiento legislativo, sobre la base de que lo que

se controvierten no son normas constitucionales, sino, normas que pretenden serlo; bajo esta interpretación al menos respecto del proceso legislativo que genera una reforma constitucional habría un recurso efectivo que hacer valer.

El argumento emitido por la mayoría de los Ministros, sobre las premisas que construyen, parece irrefutable; es decir, si se parte de que el órgano encargado de reformar la Constitución es el "Constituyente permanente" o el "Poder reformador" como se nos enseñaba en las aulas, en tanto éste órgano no está previsto como sujeto que pueden ser parte de una controversia en el art. 105 constitucional, es claro que es improcedente la controversia constitucional. No obstante, igualmente irrefutable resulta lo argumentado por los Ministros que formularon el voto minoritario partiendo de distintas premisas, en efecto, el voto minoritario señala que no existe disposición alguna que establezca la existencia del "Constituyente permanente" u "órgano reformador", "de acuerdo con su regulación constitucional" el Congreso de la Unión ni las Legislaturas Estatales "no constituyen un órgano con unidad y voluntad sino que debe entenderse como una referencia a una combinación de órganos que tienen encomendada una función: reformar o adicionar la Constitución" de ahí que en esta otra interpretación es procedente la controversia constitucional, pues tanto el Congreso de la Unión como las legislaturas están previstos como sujetos que pueden ser parte de una controversia en el citado art. 105 constitucional.

Frente a este contraste y con independencia de sus conclusiones, salta a la vista la trascendencia de la interpretación de la norma para aplicarse a los casos concretos, esta resulta una terea fundamental, y como se ve, las interpretaciones pueden ser lógicas y jurídicamente irrefutables, sin embargo, estas pueden generar injusticias o vacíos como el que ahora tenemos respecto de las reformas constitucionales que han quedado sin un medio de control. En estas condiciones, la aplicación de los estándares internacionales por todas las autoridades, puede llevarnos a alcanzar un mundo en que prevalezca no sólo el Estado de Derecho, sino, sobre todo la justicia, más allá de lo impecable que puedan resultar nuestros argumentos.

En el caso de los pueblos indígenas, lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación frente a las acciones interpuestas en contra de la reforma

constitucional indígena, constituyó el agotamiento de las instancias estatales. En efecto, los consensos se construyeron en una mesa de negociación con el Poder Ejecutivo en el contexto del proceso de paz en Chiapas, la propuesta de reforma elaborada por la COCOPA fue enviada al Poder Legislativo, Congreso de la Unión y legislaturas estatales y, finalmente, frente a una reforma menor a los estándares internacionales, tomó participación la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien, como hemos visto, no hizo ningún pronunciamiento sustancial sobre estos derechos. Habiendo acudido a los tres poderes de la Unión, surge la interrogante sobre qué sigue, ante quien se puede y se debe acudir para mejorar las condiciones de los pueblos indígenas.

La interrogante sigue siendo vigente ya que a 10 años de la Reforma Constitucional, sólo podemos mirar que se hicieron cambios para que todo siga igual, hoy día, la realidad de los pueblos sigue estando muy lejos de aquella aspiración de que nunca más exista un México sin sus pueblos indígenas.



*Derecho de las víctimas:
recurso efectivo y reparación*

TANIA HERRERA MORO RAMÍREZ*

I. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

 El derecho a un recurso efectivo se encuentra previsto fundamentalmente en dos instrumentos internacionales, en el sistema universal en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 2 y 14; y en el sistema interamericano en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los numerales 8 y 25.

Los artículos 2o. y 25 citados establecen textualmente lo siguiente:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

De los preceptos se desprende el derecho de toda persona a contar con un recurso que la proteja de violaciones a los derechos humanos previstos en el citado Pacto, protección que en el sistema interamericano se extiende contra violaciones cometidas ya no únicamente en contra de derechos previstos en la Convención sino, además, de aquéllos reconocidos por la Constitución del Estado y su legislación.

Asimismo, en tanto derecho, se establecen obligaciones correlativas para los Estados parte, consistentes en: i) legislar respecto de la existencia de un recurso efectivo para la protección de derechos humanos, en caso de no existir dicha protección, de no hacerlo implica una violación al derecho en mención; ii) garantizar que la protección operará contra violaciones cometidas tanto por agentes de Estado como por particulares; iii) resolución por parte de la autoridad competente respecto del derecho violado, en el sistema universal la autoridad puede ser judicial, administrativa o legislativa, siendo que en el interamericano se exige que sea a través de un procedimiento judicial; iv) cumplimiento de la resolución por parte de toda autoridad que pueda verse involucrada en el mismo.

Es oportuno mencionar que en el sistema interamericano se exige también que el recurso sea sencillo y rápido.

Por su parte, los artículos 14 del Pacto y 8 de la Convención, operan como complemento del derecho a un recurso efectivo, en tanto que establecen el derecho subjetivo de toda persona a ser oída por los tribunales competentes para que se dirima cualquier acusación penal en su contra y, para la determinación de sus derechos y obligaciones civiles (sostiene el Pacto) lo que en el sistema interamericano se extiende a cualquier otra materia.

En cuanto a la efectividad del recurso, es necesario que éste no solamente se encuentre previsto y a disposición de las víctimas de violaciones a derechos en la legislación del Estado, sino que es imperativo que el mismo sea idóneo para determinar si se ha incurrido en una violación y que a través de éste sea factible que se emitan providencias para repararla, de lo contrario será ilusorio. En este sentido, un recurso será ilusorio si no sirve al fin que fue creado –determinar con certeza la existencia de la posible violación y su reparación–, lo que sucede cuando no se realizan las investigaciones suficientes para proveer respecto de lo alegado, faltan los medios para reparar el daño, no es dictado dentro de un plazo razonable y no se cumple con la resolución que determina la transgresión al derecho.

Del mismo modo, en cuanto a la eficacia es relevante que el recurso sea accesible, tomando en cuenta la posible situación de vulnerabilidad de ciertos grupos, como niños e indígenas, al mismo tiempo que quienes participen en el proceso no tengan que pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber acudido a reclamar la violación.

Empero, el derecho en comento no se satisface con el establecimiento legal del recurso y su substanciación de acuerdo a las reglas del debido proceso, sino que además es necesario que su resolución sea congruente con la violación alegada, que la autoridad competente no se niegue a resolver respecto de la misma y que, los requisitos establecidos en la ley para el trámite del recurso no hagan imposible su cumplimiento, pues si bien es legítima la existencia de este tipo de requisitos, no pueden ser irrazonables ni de tal naturaleza que despojen al derecho de su esencia o, sean discriminatorios.

Ahora, en el ámbito internacional se sostiene que para que el recurso sea efectivo, es necesario que cese la violación al derecho, y que ésta sea reparada, pues sin reparación la obligación de proveer un recurso efectivo no ha sido cumplida, resarcimiento que puede consistir en indemnización, restitución, rehabilitación, medidas de satisfacción, como el pedido público de disculpas, homenajes públicos, memoriales, garantías de no repetición como la modificación de leyes y prácticas del Estado.

En relación a la reparación, sobresale el tema referido a la responsabilidad penal de los agentes de Estado o particulares que han concretado, ocultado, tolerado o auxiliado en la comisión de violaciones de los derechos humanos.

El sistema internacional de protección a los derechos humanos, sostiene que el incumplimiento de llevar a los autores de violaciones graves ante la justicia, puede dar lugar a una violación autónoma, en tanto que propicia la impunidad y con ello nuevas violaciones a derechos humanos; razón por la cual las leyes de amnistía por violaciones graves y las que establecen la caducidad de la pretensión punitiva del Estado son incompatibles con las obligaciones que derivan del derecho a un recurso efectivo. Por lo que en caso de que los autores de las violaciones

sean identificados es necesario que se los encauce, juzgue y castigue penalmente. Lo que, en el sistema interamericano se erige como un derecho subjetivo de la víctima.

En este sentido, existen dos aspectos importantes a destacar, el derecho a un recurso efectivo se desdobra en la necesidad de que el Estado investigue de oficio las posibles violaciones e imponga las sanciones correspondientes, pues de lo contrario lejos de reparar la violación favorece a que la misma permanezca y, en segundo en relación con tal obligación no puede considerarse que las Comisiones de la Verdad sustituyan el proceso judicial.

Sin embargo, el derecho a un recurso efectivo no termina con una resolución que determine la violación a un derecho y ordene su reparación, sino que es requisito *sine qua non* el que se cumpla con ésta.

Al respecto, los estándares internacionales señalan que el goce de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos puede ser efectivamente asegurado por el Poder Judicial de los Estados a través de múltiples maneras, a saber, aplicabilidad directa del Pacto o Convención, aplicación de disposiciones constitucionales o legales comparables a las de aquéllos, o el efecto interpretativo de tales instrumentos en la aplicación del derecho interno.

II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE MEXICANA

1. Antecedentes y hechos

El Congreso de la Unión solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el ejercicio de la facultad de investigación a que se refiere el artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos –referida a investigaciones por hechos que constituyan violaciones graves a garantías individuales– para que averiguara respecto de hechos que al parecer constituían violaciones graves a los derechos humanos de la población del Estado de Oaxaca, presuntamente cometidas

por parte de las autoridades de gobierno de tal entidad, formándose el expediente Facultad de Investigación 1/2007, los antecedentes son los siguientes:

El Estado de Oaxaca tiene una realidad sumamente compleja, puesto que le aquejan problemas tales como la marginación, la falta de educación y la miseria, situación que se ha venido prolongando a lo largo de las décadas, por lo que el conflicto social en el que se sucedieron las violaciones graves a derechos humanos no surgió súbitamente.

El 1o. de mayo de 2006 la Sección XXII del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación formuló un Pliego General de Demandas dirigido al Gobierno del Estado de Oaxaca, de entre las principales demandas del pliego se encontraba la de acercar el salario de los trabajadores de la educación del Estado al de la zona económica III; con motivo de tal situación se iniciaron las negociaciones entre la organización magisterial y gobierno, por lo que la Sección XXII del Sindicato se instaló en el zócalo de la ciudad de Oaxaca; en rechazo a las propuestas del gobierno se realizaron diversas manifestaciones que se radicalizaron impidiendo el ingreso del personal a diversas oficinas públicas así como el ingreso a centros comerciales, gasolineras, radiodifusoras, centros educativos privados y públicos, siendo que en ocasiones simplemente se impedía el paso y en otras materialmente se "tomaban" los centros de trabajo. A partir de esa fecha se realizaron marchas, se bloquearon vialidades, carreteras, casetas de cobro y el aeropuerto.

Posteriormente y ante la respuesta del gobierno de Oaxaca, la Sección XXII del Sindicato la rechazó por insuficiente, por lo que para obtener respuestas favorables adoptarían una nueva política de negociación caracterizada por la "resistencia activa", de ahí que manifestantes tomaran diversos palacios municipales. En otras acciones llevaron a cabo un juicio popular en contra del gobernador de la entidad.

Tras diversas acciones del gobierno estatal como federal para llegar a la liberación de las vialidades ocupadas, se procedió al operativo relativo a desocupar el primer cuadro de la ciudad, mismo que fracasó por lo que se rompió el diálogo entre gobierno e inconformes. Los manifestantes tomaron siete palacios municipales.

Inicia la segunda fase de la negociación, ahora interviene la Secretaría de Gobernación como mediadora. Se reúnen ochenta y cinco organizaciones sociales, cinco sindicatos, diez representantes de escuelas de diversos niveles y padres de familia e instalaron la Asamblea Popular del Pueblo de Oaxaca (APPO).

Renuncian diversos funcionarios del gobierno del Estado. Un grupo de aproximadamente quinientas personas se introduce en las Oficinas del Cuartel General de la Policía Municipal de Oaxaca de Juárez, en forma violenta, amenazante y armados con palos, machetes, tubos de metal y piedras, con el objeto de que se pusiera en libertad a cinco personas detenidas.

Para el 27 de julio de 2006, la APPO solicita al Senado de la República decretar la desaparición de poderes en el Estado de Oaxaca, así el 10 de agosto de la misma anualidad fue declarado improcedente.

Se llevaron a cabo marchas donde se tomó la televisora estatal canal 9, todas las estaciones de radio del Municipio de Oaxaca de Juárez, el Tribunal Superior de Justicia del Estado y de diversos juzgados penales, estableciéndose, por parte de los manifestantes, barricadas para proteger las antenas de transmisión de telecomunicaciones.

Inicia la tercera fase de la negociación, en la cual la Secretaría de Gobernación toma el papel de parte negociadora y ya no como mediadora. El Gobierno Federal propone enviar una "Fuerza de Paz" para reforzar la seguridad en la población como medida de distención, lo que fue rechazado, por su parte los manifestantes determinaron llevar ciertas medidas de distención y que debían mantener el diálogo pero sin negociar. Los manifestantes tomaron la entonces Secretaría de Protección Ciudadana de Oaxaca, siendo agredido un funcionario de la misma.

Después de diversas reuniones entre la Secretaría de Gobernación y los manifestantes, se hizo patente la existencia de más de quinientas solicitudes de la sociedad oaxaqueña pidiendo la intervención del gobierno federal. El Congreso del Estado solicitó al Congreso de la Unión prestar protección al Estado, ante la situación de trastorno interior. El sector empresarial local anunció un paro de cuarenta y ocho horas para demandar la intervención de los tres niveles de gobierno en la solución del conflicto.

Tras numerosos ataques tanto a campamentos de manifestantes, a miembros de sociedad civil, como a policías municipales, que cobraron vidas humanas, e intentos de las partes en conflicto por llegar a pactos, los manifestantes reconocieron la existencia de grupos violentos dentro de la organización que perseguían fines diferentes.

Son entregadas ciertas estaciones de radio.

El Secretario de Gobernación, respondió el Pliego presentado por la Sección XXII del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación el 1o. de mayo al Gobierno del Estado.

Hombres armados abren fuego contra una barricada, existe como resultado un alto número de decesos con motivo de ataques a personas al parecer de la sociedad civil; así se van suscitando diversos enfrentamientos extremadamente violentos entre manifestantes y sociedad.

El 27 de octubre de 2006, culminó el proceso de negociación entre la Secretaría de Gobernación y la Sección XXII del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación, con la firma de documentos en los que se dio respuesta al pliego de peticiones presentado el 1o. de mayo.

En esa misma fecha el gobernador de la entidad solicitó al gobierno Federal la intervención ejecutiva en el Estado, por lo que se desplegaron ese día tres mil ochocientos sesenta y un elementos, ciento cincuenta vehículos y ocho aeronaves, número de elementos que fue fluctuando.

El 29 de octubre de 2006 ingresa la Policía Federal Preventiva a la zona afectada e inicia la ejecución de su plan para restablecer el orden y la seguridad pública, generándose enfrentamientos con los grupos inconformes, reportándose la quema de llantas y vehículos entre otras acciones; quedaron libres las puertas de acceso de diversos edificios públicos que habían sido tomados.

Se recupera, por parte de la Policía Federal Preventiva, el control del edificio de la Secretaría de Finanzas y algunos maestros regresan a impartir clases. Asimismo-

mo, la Policía Federal Preventiva implementó diversos operativos para eliminar barricadas, suscitándose algunos enfrentamientos con personas inconformes. Se recuperaron las instalaciones de canal 9 y Branamiel, lugar en donde se ubican las antenas repetidoras de Radio.

Se suscitaron diversos enfrentamientos entre grupos inconformes y elementos de la Policía Federal Preventiva. Continuó el diálogo entre la Secretaría de Gobernación y miembros de la APPO, sin que se llegara a un acuerdo definitivo.

El 25 de noviembre de la anualidad en cita, luego de una marcha, se dieron enfrentamientos entre manifestantes y la policía federal y fueron incendiados numerosos inmuebles públicos y privados, fueron dañados diversos edificios como la Secretaría de Relaciones Exteriores, el Registro Público de la Propiedad, la Facultad de Sociología de la Universidad Autónoma, diversos edificios hoteleros y banqueros, reportándose algunos de los combates más fuertes esa tarde y noche. Fueron incendiados diferentes establecimientos comerciales así como decenas de automóviles y autobuses.

Se restablece el transporte público en el centro de la ciudad de Oaxaca.

El 5 de diciembre el Comisario General de la Policía Preventiva suscribió un oficio dirigido a la Coordinación de Fuerzas Federales de Apoyo, en el cual informó que a esa fecha la situación de emergencia que prevalecía en la ciudad de Oaxaca de Juárez, había desaparecido, por lo que si a raíz de la manifestación anunciada para el diez de diciembre, subsistían las mismas condiciones de estabilidad social, las autoridades locales serían las responsables de mantener el orden y la paz pública de la ciudad.

El 24 de enero de 2007 finalizan los operativos de la Policía Federal Preventiva y se devuelve la función de seguridad pública a los cuerpos de seguridad estatales y municipales.

Finalmente el 16 de julio de 2007 se da un enfrentamiento en el Cerro del Fortín, entre autoridades locales y manifestantes.

2. Consideraciones esenciales

La Corte estimó que la facultad de investigación a violaciones graves de garantías individuales, es un medio de control constitucional que tiene por objeto determinar si en un supuesto concreto hubo o no violación grave de garantías o derechos humanos y, precisar las autoridades que intervinieron, asimismo su ejercicio es potestativo y excepcional dado que la resolución que en él se emite no tiene efectos vinculatorios.

El calificativo de grave –se sostiene en la resolución– debe tenerse cuando la violación tiene un impacto trascendente en la forma de vida de una comunidad, con independencia de que la violación relativa se haya cometido en contra de una persona o de una colectividad; sucede cuando, entre otras situaciones, los encargados –autoridades– de asegurar el mayor disfrute posible de las garantías individuales deben velar para que las personas cuenten con el mínimo vital para desarrollar sus potencialidades, pero el propio Estado lejos de proveer ese mínimo vital le genera un déficit prologándolo en el tiempo, con lo que altera de manera importante la vida de una comunidad dado que impide el desarrollo tanto personal como colectivo; de igual forma, se está ante una violación grave cuando las autoridades, de manera ilegítima, deliberada y mediante un concierto previo violan las garantías de una persona o de una colectividad propiciando inseguridad material, social, política o jurídica. Situaciones que provocan la generación del déficit en el mínimo vital y el concierto previo y deliberado para la violación de garantías, que tienen como consecuencia el descontento generalizado, lo que ordinariamente genera actos de violencia.

Por lo que, un elemento demostrativo de que se está ante una violación grave de garantías es la conducta de las autoridades (por acción u omisión) consistente en no evitar una situación deficitaria en el goce de garantías que impide gozar del derecho al "mínimo vital" o en violar deliberada e ilegítimamente garantías de una persona o de una colectividad.

Ahora, del análisis de los antecedentes y hechos acaecidos durante el periodo sujeto a investigación, la Suprema Corte observó que en ciertas ocasiones el uso de la fuerza pública por parte de autoridades que dependían del Ejecutivo

local, fue carente de estrategia, y no se planeó adecuadamente, por lo que únicamente aumentó la violencia y las llamadas "barricadas", máxime que con motivo de su ejecución hubo un número importante de lesionados tanto de elementos de la policía como de civiles, sin que se lograra el fin buscado; en otras, sigue el Alto Tribunal, si bien el uso de la fuerza pública fue legítimo, lo cierto es que no exime a la autoridad de emplearla excepcionalmente al momento de su ejecución, esto es, que previo a su empleo se hayan agotado todas las vías de solución posibles y, aun en el caso de que resulte necesario ejercerla, su uso debe ser estrictamente proporcional y racional, pero en el caso no se cumplió este principio, pues no se demostró contundentemente que previamente a la aplicación de las medidas disuasivas exhortara a los presentes a desistir de sus conductas bajo el apercibimiento de las consecuencias en el supuesto de persistir.

Asimismo, el uso de la fuerza pública no demostró que se tomaran las precauciones debidas para minimizar los riesgos y afectación en su ejecución para proteger a la población ajena al conflicto; del mismo modo, la falta de profesionalismo se hizo patente con el empleo de instrumentos tales como piedras, resorteras y bazucas, medios del todo reprochables para la contención de personas pues se trata de objetos destinados a causar un daño, el empleo de gases lacrimógenos resultó en perjuicio de la población ajena al conflicto y de los propios policías. Lo que revela la falta de profesionalismo en su planeación y ejecución.

Además, la ejecución de la fuerza pública fue desproporcional, dadas las múltiples lesiones provocadas a los detenidos, cuando estos se encontraban en una actitud pasiva.

Por otra parte, las causas penales evidencian que se detuvo a personas que no se encontraban involucradas en los hechos, se mezclaron a adultos con menores. Lo cual evidencia una falta de capacitación para desarrollar la actividad de seguridad pública.

Igualmente, se acreditó a juicio de la Suprema Corte, que en uno de los penales a donde fueron trasladados los detenidos, se desarrollaron tratos crueles, inhumanos y degradantes generados durante la detención y traslado de los detenidos.

Se destacó que la autoridad federal no documentó las diversas actividades realizadas durante este periodo, no obstante el deber de supervisar, controlar y evaluar el uso de la fuerza pública.

Por lo que el uso de la fuerza pública en este periodo olvidó el cumplimiento de los principios que exige la Ley Fundamental.

Finalmente en el Cerro del Fortín, se observó que en el uso de la fuerza pública hubo policías que infirieron lesiones que no resultaron proporcionales con el objetivo que se pretendía alcanzar siendo por ello innecesarias. Y si bien en un operativo en que se emplea la fuerza pública los mandos no pueden estar vigilando a todos los elementos, lo cierto es que el principio de profesionalismo obliga a que éstos puedan responder de la forma adecuada en tales situaciones, sin embargo, en el caso algunos elementos policíacos no estaban debidamente capacitados toda vez que su respuesta fue excesiva e innecesaria.

Así, concluye la Suprema Corte, se violó el derecho de acceso a la justicia, pues se suspendieron las labores derivadas de la situación de inseguridad y a causa de "tomas" e incendios de los edificios, siendo que cuando se logró laborar fue en condiciones de inseguridad. Por lo que, en tanto que las dificultades para acceder a los servicios de justicia no deriva de hechos fortuitos sino de las circunstancias descritas se transgredió tal derecho, puesto que existieron obstáculos que no fueron superados dentro del marco de legalidad durante un lapso prolongado que impidieron la labor correspondiente.

Por otra parte, se violó el derecho a la vida, pues siendo que el Estado se encuentra obligado a proveer a las personas el mínimo vital y que en el caso del conflicto descrito ello no fue posible, pues las condiciones no eran las óptimas para resguardarlo, ya que los inconformes contaban con armas que ponían en riesgo la vida de la sociedad y de hecho tal circunstancia cobró vidas, por ende, el Estado no llevó a cabo las acciones tendentes a restablecer las condiciones mínimas que garantizaran el derecho a la vida.

Del mismo modo, se violó el derecho a la integridad personal, pues el deficiente servicio en materia de seguridad pública provocó grandes afectaciones a

la población que trascendieron a su integridad; además, el uso desproporcional de la fuerza pública, generó afectaciones ilegítimas a la integridad de los detenidos. Asimismo, ello actualiza la violación a la prohibición de tratos inhumanos y crueles causados a los detenidos.

En cuanto a la libertad, ésta se afectó de diversas maneras: con el establecimiento de las barricadas en la ciudad que impidió el libre tránsito por la ciudad durante un tiempo prolongado, y si bien la violación no se actualiza por el establecimiento de las barricadas, en tanto que no fue la autoridad la que las instauró, lo cierto es que ésta se encontraba obligada a tomar las medidas necesarias para garantizar el goce de la garantía, lo que durante un tiempo prolongado no pudo suceder; en cuanto a la libertad de trabajo, si la misma no se limita a que el Estado no impida que las personas elijan la ocupación que quieran, sino nuevamente, a generar las condiciones necesarias para que las personas tengan la posibilidad de seleccionar y mantener un empleo, ello tampoco fue cumplido puesto que el movimiento social fue mermando la capacidad comercial obligando a los negocios a cerrar y al despido de personas; en relación a la libertad de pensamiento, expresión y derecho a la información, la situación imperante en la ciudad de Oaxaca de Juárez propició coacción e intimidación hacia los comunicadores, de modo tal que constituyeron obstáculos para la plena realización en libertad del derecho de pensamiento y expresión, además radiodifusoras y televisoras fueron tomadas ilegalmente. Esto se estimó violatorio, toda vez que impidieron la pluralidad en la manifestación de ideas por estos medios en condiciones ordinarias, lo que puso de manifiesto que la sociedad no tuvo acceso a información imparcial, general y veraz, contrariamente, le era proporcionada una información manipulada, incompleta, condicionada a intereses de grupos o personas.

El derecho a la educación fue violado ya que éste no se reduce a que los individuos tengan la posibilidad de acudir a las aulas, sino a que el Estado establezca los medios necesarios para que esa posibilidad sea una realidad, lo que no se actualizó en el caso, dado que con la suspensión de clases más de un millón de infantes se quedaron sin estudiar por periodos más o menos prolongados, al respecto la violación no deriva del proceder de los maestros *per se*, sino de la inactividad o abstención de no evitar que se menoscabara dicha garantía.

El derecho a la propiedad y posesión también se vio afectado, puesto que derivados de las acciones violentas se afectaron bienes muebles e inmuebles, incluyendo bienes patrimonio de la humanidad, aunado a que la sociedad fue víctima de robos, por lo que se violaron al no garantizarse la plena eficacia de los mismos.

Finalmente, se violó el derecho a la paz ya que durante un periodo prolongado se omitió preservar la seguridad pública, el orden social y las condiciones necesarias y suficientes para que fueran asequibles el resto de los derechos tutelados por la Ley Fundamental; por el contrario la población vivió un ambiente de zozobra e inseguridad, generada por la situación ante la ausencia de las condiciones mínimas necesarias para gozar de otros derechos, situación en la que la violencia y la incertidumbre fue una constante.

3. Conclusiones de la Corte

La Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que las violaciones son consideradas graves, toda vez que en el Municipio de Oaxaca acontecieron una serie de hechos que implicaron que una parte importante de la comunidad dejara de gozar de diversos derechos fundamentales, lo que se prolongó en el tiempo. Los hechos trastornaron la vida de la población puesto que de una forma reiterada y constante se impidió el desarrollo normal de las funciones y servicios prestados por el gobierno, se impidió el libre tránsito, con lo que se afectó el comercio y los ingresos de las personas, se impidió que se prestara libremente el servicio de comunicación, el estado generalizado de violencia provocó lesiones en las personas que en numerosos casos llegó a la muerte, ausencia de diversos servicios públicos, deficiencia en el servicio de seguridad pública y en la impartición de justicia, así como también se afectó el derecho a la educación.

Lo que llevó al Alto Tribunal a considerar que durante el tiempo en el que se prolongó el conflicto, no se aseguró un mínimo vital a los individuos, pues se careció de las condiciones necesarias para que las personas pudieran desarrollar sus potencialidades y gozar de una existencia digna de manera que no se vieran reducidas a su valor intrínseco como seres humanos. Lo cual, si bien fue resultado

de las acciones de grupos de particulares que generaron este desorden, lo cierto es que fundamentalmente sucedió porque no hubo acciones tendientes a mantener la vigencia del orden público en la ciudad. Además, cuando las autoridades federales y estatales hicieron uso de la fuerza pública para solucionar el conflicto, lo hicieron de manera deficiente, excesiva y desproporcional, arriesgando tanto a sociedad civil como a los propios cuerpos policíacos.

Una vez que se estableció la suficiencia de la investigación y la existencia de violaciones graves a garantías individuales, se señalaron las autoridades involucradas en dichas violaciones, en las que determinó que diversos funcionarios del gobierno del Estado se encontraban involucrados directamente con las mismas, en relación a las responsabilidades legales que tiene encomendadas, otros más se consideraron presuntos partícipes.

Dentro del inciso referido a violación generalizada de garantías individuales, en cuanto al gobernador del Estado de Oaxaca, se estimó que en principio llevó actos para solucionar el conflicto, sin embargo la falta de estrategia adecuada en ciertos operativos, lejos de solucionar el conflicto lo agravó, siendo que el desorden creció sin que el titular del Ejecutivo local tomara las medidas necesarias.

Sin embargo, se sostuvo que no era posible señalar responsables de las conductas que constituyen violaciones graves de garantías, sino que únicamente se podían precisar los órganos y autoridades que participaron o intervinieron en los hechos. Por tanto, es a las autoridades competentes a quienes les corresponde, en su caso y según sus atribuciones, realizar las imputaciones concretas.

En cuanto a la autoridad federal, se concluyó que no participó en la violación generalizada de garantías individuales, sino que por el contrario siempre procuró la solución del conflicto.

Finalmente se remitió el dictamen a las autoridades vinculadas en materia de seguridad pública para que considerara su contenido, dado que se interpretó el marco constitucional de tal materia, advirtiéndose omisiones importantes.

III. COMPATIBILIDAD ENTRE LA SENTENCIA MEXICANA Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y CONCLUSIONES

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación atiende a ciertos principios que forman el derecho a un recurso efectivo, pues como órgano integrante del Poder Judicial del Estado Mexicano se pronuncia respecto de la solicitud formulada para determinar si en el Estado de Oaxaca, en el período comprendido de mayo de 2006 a enero de 2007 y en julio de 2007, hubo violación grave a los derechos humanos, concluyendo afirmativamente.

En ese sentido, la sentencia relativa fue idónea para determinar la existencia de las violaciones, pues se advierte que en virtud de la extensión y detalle de la investigación realizada, se pudo concluir con certeza la existencia de la violación, con lo que la sentencia es congruente con lo solicitado, pues resuelve su materia: existencia de violaciones graves a garantías individuales.

Asimismo, se cumple con aquél principio que ordena que en casos de violaciones graves a los derechos humanos es necesario que el Estado investigue con interés propio las posibles violaciones, puesto que investigó todo aquello que apareció como una violación, sin necesidad de que los particulares le instaran al efecto.

Sin embargo, la sentencia carece de un principio que es imperativo para tener por colmado el derecho a un recurso efectivo, esto es, la reparación y finalmente su cumplimiento.

En efecto, la sentencia comentada carece de un apartado referido a alguna reparación por parte de los responsables de las violaciones graves a las garantías individuales, es decir no se determina cómo o de qué forma se pueden reparar los daños.

Como se advierte de los hechos, se acreditaron daños a propiedad privada, despidos de la fuente de trabajo, cierre de negocios, imposibilidad de ingresar a oficinas y dependencias, lesiones y decesos de personas; lo que evidentemente

debe dar lugar a indemnizaciones, en tanto que tales circunstancias generaron daños y perjuicios a las víctimas. Y si bien, la Corte no puede ordenarla dado el marco jurídico mexicano, lo cierto es que sí estaba en posibilidad de recomendarla para provocar que las autoridades competentes lo realizaran. Lo mismo puede decirse en cuanto a la violación al derecho a la educación, era necesario restituir a los alumnos para que de alguna forma pudieran cumplir con el ciclo escolar dentro del que tuvieron lugar los hechos.

En este sentido, también era factible que la Corte recomendara modificaciones a aquellas leyes, cuyas lagunas o vacíos permitieron fallos relacionados con las violaciones analizadas, como pudiera ser las relativas a la seguridad pública y educación. Sin embargo no se realiza ninguna recomendación.*

En otro aspecto, en la resolución de referencia se sostiene que los particulares no violan garantías y por tanto omite pronunciarse respecto de la posible violación de derechos humanos por este tipo de agentes; sin embargo, tal aserto se aleja de los criterios para cumplir con el derecho a un recurso efectivo, pues de la forma en que se encuentran redactados los artículos 2o. y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente, se observa que los Estados partes se obligan a garantizar que toda persona cuyos derechos hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo "aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales", de lo que se sigue que implícitamente se acepta que tales violaciones pueden ser cometidas por particulares y que, contra de ellas también procede el recurso efectivo.

Igual situación acontece con el artículo 25 de la Convención, de donde se establece el derecho de toda persona a un recurso efectivo, que la ampare contra actos que violen sus derechos "aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

* *Cfr.* Voto Concurrente del Ministro Juan N. Silva Meza en la Facultad de Investigación 1/2007.

Por otro lado, la resolución en análisis tampoco señala responsables de las violaciones, lo que es considerado por el derecho internacional como una forma de reparación, si bien es cierto de acuerdo al marco constitucional mexicano, en específico el artículo 97 no es posible que la Suprema Corte determine por ella misma las responsabilidades penales, administrativas, civiles y políticas, lo cierto es que sí era factible que el Máximo Tribunal señalara a los responsables de las violaciones graves de derechos humanos para que las autoridades pudieran fincar las responsabilidades correspondientes a cada ámbito.

Destaca, en este sentido la falta de señalamiento de los responsables de las violaciones y únicamente se sostiene que se mencionarán a las autoridades involucradas en tales hechos, refiriendo una participación directa o indirecta, pero no responsabilidades. Al respecto no se advierte claridad en cuanto a la "participación" o responsabilidad del Gobernador del Estado de Oaxaca, cuando éste es el titular del Ejecutivo local y por ende responsable, de entre otras muchas materias, de la seguridad pública y policía. Abstención de pronunciamiento que parece alejarse del cometido y naturaleza de una resolución que investiga este tipo de violaciones, conocer los hechos para estar en posibilidad de atribuir responsabilidades y reparar los daños sufridos.

De los antecedentes se advierte que existieron numerosos hechos posiblemente constitutivos de delitos, tanto por parte de agentes del Estado como de particulares; empero la resolución nada dice respecto de ello ni recomienda, insta o hace del conocimiento de las autoridades competentes tales circunstancias, para poder dirimir las responsabilidades penales, cuando es del acervo probatorio base de la investigación de donde se desprenden las posibles conductas delictivas. En este aspecto la omisión de llevar a la justicia a autores de violaciones graves, puede dar lugar a una violación autónoma, es de mencionarse que en el sistema interamericano cuando los autores de las violaciones sean identificados es obligado que se les sancione penalmente.

A este respecto si el Estado deja de sancionar a los responsables de las violaciones y permite la impunidad se actualiza una nueva violación, pues se permiten nuevas violaciones a derechos.

Cabe mencionar que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, las comisiones de la verdad no cumplen con la exigencia comentada ni sustituyen el proceso judicial, por lo que de ahí que sea cuestionable el que la resolución de la Facultad de Investigación 1/2007 haya acatado fielmente el derecho relativo a un recurso efectivo.

Ahora, si bien es cierto que en virtud del marco constitucional y legal mexicano la Corte se encontraba impedida para realizar un sin número de acciones que de hecho hubieran podido reparar las violaciones, lo cierto es que pudo haber llevado a cabo otro tipo de prácticas como garantías de no repetición, esto es, como recomendar modificaciones a legislaciones o abrir foros en que se analicen dichas modificaciones, mismas cuya materia pudiera consistir, entre otras, en un instrumento adecuado que responda a las necesidades que se generan cuando se determina por parte de la Corte violaciones graves a derechos fundamentales, como la relativa a su reparación.

Acciones de tal tipo, si bien no pueden considerarse como el estricto cumplimiento de los artículos 2o. y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cierto es que sí podrían provocar un cambio en el marco jurídico para el debido cumplimiento del derecho a un recurso efectivo, mismo que, debe recordarse, obliga al Estado a modificar su legislación para preverlo en caso de que no exista.

Por tanto, si el derecho a un recurso efectivo implica no solamente el que la legislación prevea la substanciación de un procedimiento, sino que se prevea la posibilidad de que el mismo culmine con una reparación en caso de ser procedente—lo que le dotaría al recurso de la calidad de efectivo—, y que en el caso de las violaciones graves a derechos humanos, no se prevé legalmente la forma de su reparación, se llega a la conclusión que en realidad el Estado Mexicano no cumple cabalmente con las obligaciones a que se refieren los instrumentos internacionales citados, consistente en legislar respecto de la existencia de un recurso efectivo para la protección de derechos humanos, pues al no establecerse la reparación no se advierte la efectividad.



*Jurisdicción militar:
leyes y tribunales especiales*

RAÚL MANUEL MEJÍA GARZA*

 El objeto del presente trabajo tiene ciertas peculiaridades, la primera de ellas se refiere a la existencia de una sentencia reciente sobre el tema que prácticamente recoge la totalidad de los antecedentes que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos identifica como aplicables al tema de justicia militar o de la subsistencia del fuero militar; la segunda, que sentencia se refiere específicamente a un caso mexicano.

Por esta razón, variaremos un poco la estructura del trabajo para acomodar los elementos que integran el tema. En primer término, haremos referencia a la sentencia mencionada reseñando su contenido; en segundo lugar se hará una narrativa de los casos mexicanos relacionados con el fuero militar, incluyendo no solamente los casos relacionados directamente con el tema, sino que un antecedente que nos parece relevante: la Acción de Inconstitucionalidad que consideró constitucional la posibilidad de coordinación entre las autoridades militares y civiles en la ejecución de acciones en tiempos de paz.

I. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana en la sentencia del caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* del 23 de noviembre del 2009, se refiere principalmente al problema de la desaparición forzada de personas, ya que el caso se refiere a la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco el 25 de agosto de 1974, a manos de efectivos del ejército en el Estado de Guerrero, México. Sin embargo, la sentencia se refiere también al problema de la jurisdicción militar, en particular en sus párrafos 272 y 273, donde considera que la jurisdicción militar en tiempos de paz ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, que su utilización debe ser mínima y debe estar inspirada en principios y garantías del derecho penal moderno.¹

En la sentencia se sostiene que:

En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.²

En el párrafo siguiente, la sentencia se refiere específicamente a la necesidad de que en los casos relacionados con violaciones de derechos humanos el

¹ Los casos citados por la Corte Interamericana en el Caso Radilla son: Caso Castillo Petruzzi y otros *vs. Perú*, *supra* nota 54, párr. 128; Caso Durand y Ugarte *vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 117; Caso Cantoral Benavides *vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 112; Caso Las Palmeras *vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 51; Caso 19 Comerciantes *vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 165; Caso Lori Berenson Mejía *vs. Perú*, *supra* nota 54, párr. 142; Caso de la Masacre de Mapiripán *vs. Colombia*, *supra* nota 129, párr. 202; Caso Palamara Iribarne *vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párrs. 124 y 132; Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs. Colombia*, *supra* nota 133, párr. 189; Caso Almonacid Arellano y otros *vs. Chile*, *supra* nota 19, párr. 131; Caso La Cantuta *vs. Perú*, *supra* nota 51, párr. 142; Caso de la Masacre de la Rochela *vs. Colombia*, *supra* nota 83, párr. 200; Caso Escué Zapata *vs. Colombia*, *supra* nota 56, párr. 105, y Caso Tiu Tojín *vs. Guatemala*, *supra* nota 24, párr. 118.

² Caso Radilla Pacheco *vs. Estados Unidos Mexicanos*, párr. 272.

juicio y sanción de los responsables debe realizarse por la justicia ordinaria, de otro modo se ve afectado el derecho al Juez natural y, por consecuencia, el debido proceso; la Corte indica una conexión necesaria con el derecho de acceso a la justicia y su violación: además de la competencia, es necesaria la independencia e imparcialidad del Juez, lo que implica es que se viola en el caso de que el Juez encargado de la causa pertenezca al fuero militar.³

Esta sentencia convierte en ocioso el recoger o reiterar los contenidos de estos antecedentes y precedentes, ya que los estándares y obligaciones específicas de los estados quedan claras en el contenido de la sentencia. El resultado condenatorio de la sentencia para el Estado mexicano además, hace clara la discordancia entre la aplicación interna de derecho positivo y los estándares identificados.

De este modo, la sentencia del caso Radilla además de establecer las violaciones relacionadas con los derechos de libertad e integridad personal del señor Radilla Pacheco y su familia, establece en sus resolutivos la violación de garantías judiciales y protección judicial, así como la necesidad de la modificación legislativa, en particular del artículo 57 del Código de Justicia Militar, ya la necesidad de compatibilizar las interpretaciones que puedan hacerse del artículo 13 de la Constitución Mexicana en relación al fuero militar a las consideraciones previamente reseñadas.

La sentencia fue notificada al Estado mexicano el 15 de diciembre de 2009, con la obligación de informar del avance del cumplimiento de la sentencia el 15 de diciembre de 2010.⁴

II. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS RELACIONADAS DE LA CORTE MEXICANA

Como se expuso en la introducción del trabajo, dada la naturaleza del tema que estamos estudiando, así como por la existencia de la sentencia reseñada en el

³ Caso Castillo Petrucci y otros *vs.* Perú, *supra* nota 54, párr. 128; Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, *supra* nota 274, párr. 143, y Caso Tiu Tojín *vs.* Guatemala, *supra* nota 24, párr. 118.

⁴ *Diario Oficial de la Federación*, Tomo DCLXXVII, número 6, martes 9 de febrero de 2010, Primera Sección, p. 2.

anterior apartado, tal vez resulte conveniente hacer una narrativa no sólo de las sentencias que tienen relación directa con la justicia o fuero militar, sino con la sentencia de control abstracto en la que se analizó la posibilidad de cooperación entre las autoridades militares y las autoridades civiles, lo que ha originado un mayor uso de las fuerzas armadas para operaciones civiles y, de manera directamente proporcional, una mayor violación de derechos humanos por parte de sus miembros en este tipo de operaciones. De este modo esta sentencia será considerada en los antecedentes y hechos de la estructura del trabajo, para después tratar de manera directa los antecedentes de la última sentencia de la Suprema Corte relacionada con el tema.

1. Acción de inconstitucionalidad 1/1996

Tomaremos como primer antecedente la Acción de Inconstitucionalidad 1/1996, promovida por una minoría del 33% del Congreso en contra de la modificación de la Ley de Coordinación del Sistema de Seguridad Pública, en específico en contra de la inclusión en el Consejo de representantes de las fuerzas armadas: ejército y marina. La resolución se votó por unanimidad de 11 votos de los integrantes de la Corte, que en aquél momento eran los 11 de una lista de 18 propuestos por el Presidente Zedillo y aprobados por el Senado, procedimiento resultante del régimen transitorio de la reforma al Poder Judicial Federal de diciembre de 1994.⁵

Las consideraciones contenidas en la Acción de Inconstitucionalidad se refieren específicamente a las fracciones III y IV de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema de Seguridad Pública. El artículo que contiene las fracciones impugnadas establece quienes integran el Consejo Nacional de Seguridad Pública, y la impugnación se refiere a la incorporación dentro del Consejo del Secretario de Defensa Nacional y del Secretario de Marina.⁶ Los

⁵ La reforma terminó con los períodos de los entonces 21 integrantes de la Corte, regresando a la integración constitucional original de 11, los períodos de estos 11 son escalonados y para noviembre del 2009 ya se han designado 6 más con el procedimiento ordinario de presentación de una terna por vacante por el Presidente de la República y designación de 2/3 partes del Senado.

⁶ Art. 12. El Consejo será la instancia superior de coordinación del Sistema Nacional y estará integrado por: I. El Secretario de Gobernación, que lo preside; II. Los Gobernadores de los Estados; III. El Secretario de la

artículos que se consideran violados son el 129 antes referido, y el artículo 21 de la Constitución que establece las bases constitucionales del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

En la Acción, la Suprema Corte considera constitucional el artículo con base en los siguientes argumentos:

- El artículo 21 constitucional que establece las bases para el sistema nacional de seguridad pública no incluye ni excluye ninguna autoridad, por lo que la integración de Consejo se entiende delegada al legislador ordinario.
- No se viola la Constitución al integrar en el Consejo a los secretarios de Defensa y Marina ya que, dice la resolución: "este órgano administrativo no tiene facultades ejecutivas". El análisis de las normas relacionadas, sigue diciendo el texto: "demuestra que sus funciones son consultivas y normativas internas para los órganos que intervienen en el citado Consejo, y no ejecutivas hacia los gobernados".
- En la segunda parte de la acción de inconstitucionalidad se hace una interpretación del artículo 129 antes transcrito, en donde se sostiene que desde el Congreso Constituyente de 1857 –de donde proviene la redacción que pasa a la Constitución actual sin discusión en el Congreso de 1917–, la única intención del constituyente fue la de subordinar a las autoridades militares a las civiles, pero en ningún caso mantenerlas de manera absoluta y permanente dentro de los cuarteles.
- En esta segunda parte es donde se elaboran los argumentos centrales, si bien de naturaleza fáctica y de legalidad, sobre la necesidad de interven-

Defensa Nacional; IV. El Secretario de Marina; V. El Secretario de Comunicaciones y Transportes; VI. El Procurador General de la República; VII. El Jefe de Gobierno del Distrito Federal; y VIII. El Secretario Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

ción de las fuerzas armadas para el combate de organizaciones delictivas dedicadas al narcotráfico, partiendo de la aceptación de la incapacidad de las organizaciones policiales.⁷

- La acción concluye que "por mayoría de razón", si las fuerzas armadas pueden auxiliar a las autoridades civiles en cuestiones de seguridad pública, pues entonces es constitucional que los secretarios de Marina y Defensa integren el Consejo Nacional de Seguridad Pública.

La acción, finalmente, nos proporciona un conjunto de argumentos sobre la no prohibición constitucional de la cooperación, pero sin proporcionar un argumento competencial positivo mediante el cual se haga una comprobación de la posibilidad constitucional de esta cooperación. Los argumentos centrales de la acción tienen que ver, además de esta ausencia de prohibición, con argumentos de hecho: que las fuerzas armadas tienen que auxiliar a las autoridades civiles por la gravedad de los problemas que se enfrentan, así como para evitar que las situaciones escalen a una verdadera emergencia que provocara una suspensión de garantías, las cuales las mismas fuerzas armadas están constitucionalmente mandatadas para proteger; además, se sostiene que las fuerzas armadas representan una fuerte inversión del erario público, para mantenerse bien equipadas y entrenadas, por lo que no resulta práctico que las mismas se encuentren confinadas a los cuarteles. Finalmente, constatando que los estados pueden pedir protección constitucional en caso de invasión o violencia exterior, así como sublevación y violencia interior, la Suprema Corte se pregunta cómo sería posible que la Federación pueda prestar esta ayuda si no es mediante la participación de los institutos armados.

⁷ De este modo, afirma la resolución que: "(r)esultaría deseable que sólo las autoridades policíacas, en los tres niveles de gobierno, cumplieran, por sí solas, labores de seguridad pública relacionadas con esta lucrativa actividad delictiva, que cuenta con el más poderoso armamento disponible, con medios de transporte terrestre, aeronaves y embarcaciones sofisticadas, que se trasladan por el territorio, espacio aéreo, la zona económica exclusiva y el mar territorial de nuestro país, pero por la gravedad de estos fenómenos, debe prevenirse una articulación eficiente del Ministerio Público Federal y de la Policía Judicial con las Fuerzas armadas, a fin de que puedan coadyuvar para superar esas situaciones que atentan contra la seguridad interior".

2. Amparo en Revisión 989/2009

El segundo caso a considerar es el Amparo en Revisión 989/2009.⁸ Los hechos del caso se refieren a que en las inmediaciones de una la comunidad de un municipio del Estado de Sinaloa, un grupo de civiles que viajaba en un vehículo particular por la carretera recibió impactos de bala desde otro vehículo tripulado por personal del Ejército Mexicano y cuatro civiles perdieron la vida. Como consecuencia, el Ministerio Público inició investigación y posteriormente declinó competencia en favor del fuero militar. La Procuraduría General de Justicia Militar consignó ante un Juez Militar la averiguación previa en la que cinco militares fueron señalados como probables responsables.

La esposa de uno de los civiles fallecidos acudió al amparo –en su calidad de ofendida por el delito de homicidio–, impugnando la constitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a, del Código de Justicia Militar que permitió que un Juez Militar se declarara competente para conocer de la causa. Se argumentó que la norma impugnada resultaba contraria a los límites establecidos en el artículo 13 constitucional para la actualización de la competencia del fuero militar, al otorgar competencia a los tribunales militares para conocer de delitos no estrictamente relacionados con la disciplina militar y/o en los que la víctima (o el ofendido) tiene la calidad de civil.

El Juez de Distrito desestimó la demanda alegando falta de interés jurídico, por lo que la señora interpuso recurso de revisión que fue atraído por la Primera Sala de la Suprema Corte para determinar si el ofendido tenía interés jurídico para acudir al juicio de garantías e impugnar tanto las normas como los actos de un proceso penal seguido ante autoridad castrense. En la sesión de la Sala en la que debía resolverse el asunto, se determinó que dadas las características del mismo, éste debería ser enviado al Tribunal Pleno para su resolución.

El Pleno, por una mayoría de 6 votos, desestimó el asunto, considerando que no podía conocer del mismo y confirmó la sentencia del Juez de Distrito, ya que

⁸ Resuelto por el Tribunal Pleno en sesión de 10 de agosto de 2009.

la parte quejosa no tenía interés jurídico para acudir al amparo. En lugar de aceptar la procedencia del amparo para la víctima u ofendido en supuestos restringidos como éste, en donde lo que se buscaba determinar era la competencia del Juez que debía conocer de la causa y no una reclamación sustantiva que involucrara los derechos del acusado.

El razonamiento de la Corte se puede resumir en los siguientes párrafos que se transcriben:

De lo anterior se aprecia que el catálogo de derechos de las víctimas u ofendidos instituido en los artículos 20, Apartado B, y 21, párrafo cuarto, de la Constitución Federal es limitativo, ya que su intervención en el proceso penal no se desborda al grado de asumir un papel equivalente al del propio inculcado o del ministerio público, pues si así hubiera sido, se habría dispuesto en dichos preceptos alguna disposición que permitiera, al menos, la posibilidad de incorporación analógica de otros derechos de naturaleza semejante a los expresamente previstos.

(...)

Si las normas constitucionales en consulta dejaron un clausulado cerrado de derechos de las víctimas y ofendidos, evidentemente obedeció a que, si no fuera así, se habría generado un campo abierto a la discrecionalidad del margen de participación de éstos en el proceso penal, y el sujeto activo del delito hubiera quedado a merced de la interpretación que hicieran los tribunales acerca de qué derechos, diversos a los constitucionalmente instituidos, les corresponden a aquéllos, con riesgo de la seguridad jurídica que debe campear en una materia como la penal, especialmente sensible a toda ausencia de reglas claras y precisas, y en la que debe confinarse el arbitrio judicial al mínimo de supuestos indispensables en desarrollo del proceso, tales como pueden ser la valoración de las pruebas y la individualización de las penas, fundamentalmente.

(...)

Si se permitiera indiscriminadamente la súbita intromisión de otras personas en el proceso penal, sea porque no tengan el carácter de ofendidas, o bien porque, teniéndolo, no exista una norma constitucional que les permita la

participación en cierta fase del procedimiento, se generaría un ilimitado número de supuestos en los que podría analógicamente estimarse que, de manera directa o indirecta, la reparación del daño se vería afectada.

De este modo la Suprema Corte desestimó el asunto y no entró a considerar la extensión del fuero militar establecido en el artículo 13 de la Constitución Federal, pero la misma es anterior a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Radilla Pacheco vs. Los Estados Unidos Mexicanos*.

3. Consulta a trámite 489/2010

Posteriormente y como el antecedente más reciente del tema, dictada la sentencia del caso *Radilla* y notificada al Estado Mexicano, el presidente de la Suprema Corte de Justicia promovió la consulta a trámite 489/2010 el 26 de mayo de 2010, con el fin de que el Pleno determinara las medidas que debían seguirse para atender la sentencia y las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, de 23 de noviembre de 2009. Esta consulta se formuló con motivo del oficio número UPDDH/911/3156/2010, del Titular de la Unidad para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación que, por instrucciones del Secretario de Gobernación (y con fundamento en los artículos 27, fracción XIII, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 21, fracciones, I, V, VII, VIII y X, del Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación), remitió copia de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el Caso *Radilla Pacheco* y sometió a la consideración de la Presidencia de esta Corte la celebración de una reunión a fin de dialogar respecto a la manera en que el Poder Judicial de la Federación estaría dando tratamiento a los resolutivos de dicha sentencia en que se vincula al Poder Judicial de la Federación.

Se expuso al Tribunal Pleno la apertura de la consulta en el caso *Radilla*, el Presidente expresamente señaló: "(...) someto a la consideración de este Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la necesidad de que sea designado

un Ministro ponente para que analice los alcances y efectos de la referida sentencia internacional y con ello, se ponga a la consideración del Pleno el trámite que deberá corresponder a fin de atender lo que se señala en la referida resolución" (...); además de subrayar la urgencia del tema: "no omito manifestar que el tema que se somete a su consideración debe ser analizado lo antes posible, pues si bien no hay un plazo determinado para cumplir con las medidas que se pide se lleven a cabo, el Estado mexicano está obligado a enviar el 15 de diciembre de 2010 a la Corte Interamericana un informe relativo a las medidas adoptadas para cumplir con la sentencia".

El proyecto de respuesta a la consulta se presentó por parte del Ministro José Ramón Cossío Díaz al Pleno, y hacía un desarrollo de lo que se consideraba necesario para cumplir con lo establecido en la sentencia internacional.

Dentro de las cuestiones previas para resolver la consulta, se analizaban las obligaciones internacionales que adquirió el Estado mexicano al adherirse a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En segundo lugar, se estudiaba el valor y alcances de las sentencias del Tribunal Interamericano con relación a México, distinguiendo los efectos que cada una produce de conformidad con la participación que tiene el Estado mexicano en el desarrollo de los procesos y la naturaleza propia de cada sentencia. Finalmente, se precisaban los efectos particulares que produce la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana y su relación con los tribunales mexicanos, desarrollando la forma en que los órganos jurisdiccionales mexicanos pueden, y en unos casos deben, observar el contenido de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana.

En el estudio de fondo se hacía, por una parte, un análisis del contenido de la sentencia Rosendo Radilla Pacheco, precisando las medidas concretas que en materia de reparación se consideraban vinculantes para el Poder Judicial de la Federación, se establecían los alcances de cada una de las medidas de reparación ordenadas, y las razones por las cuales se consideraba existe la obligación de cumplir con esta sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una vez precisados los alcances de las obligaciones generales ante el sistema interamericano y las obligaciones particulares de la sentencia del caso Radilla, el proyecto proponía las acciones a realizar por el Poder Judicial de la Federación para atender la sentencia del caso Radilla Pacheco. Estas medidas tenían como elemento central la emisión de un acuerdo para el establecimiento de una comisión responsable del seguimiento del cumplimiento estas acciones.

Las medidas específicas propuestas fueron únicamente las siguientes: Establecer programas permanente de análisis de la jurisprudencia del sistema interamericano y de formación para el debido juzgamiento de la desaparición forzada; garantizar que el caso Radilla se mantuviera en la jurisdicción ordinaria; establecer las condiciones necesarias para la eventual adecuación de las interpretaciones constitucionales y legales en la materia con estándares internacionales; y, difusión, como acción emprendida de buena fe.

En sesión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación celebrada el 7 de septiembre de 2010, por una mayoría de 8 votos contra 3, se decidió desechar el proyecto presentado, considerando que se excedían los fines de la consulta a trámite. Se aclaró que no existía un criterio claro en cuanto a la naturaleza de la Consulta y sus límites, y que era hasta ese momento donde se establecían claramente sus restricciones, por lo que se turnó el expediente a la Ministra Luna Ramos para elaborar la respuesta a la consulta con el resultado de la discusión: simplemente determinando que el asunto debía ser turnado a un nuevo Ministro para la realización de consideraciones de fondo.

III. ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD ENTRE LA SENTENCIA MEXICANA Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y CONCLUSIONES DEL ANALISTA

1. Historia de la interpretación del fuero militar

Es relevante recuperar la reseña histórica del proyecto original del Amparo en Revisión 989/2009, y que ahora está como voto particular, sobre la formación del

criterio sobre la colaboración entre militares y civiles, así como del fuero militar.⁹ Históricamente, hasta antes de la promulgación de la Ley sobre Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Nación, del Distrito y Territorios en 1855, la llamada "Ley Juárez", el fuero militar no se limitaba a la competencia concedida a tribunales especiales para juzgar a miembros del ejército, sino que comprendía un conjunto de preceptos que establecían privilegios y exenciones en favor de los militares, tanto en negocios del orden civil, como en el caso de causas criminales sobre delitos del orden común y en los comprendidos en la ordenanza militar, el criterio para otorgar estos privilegios era personal: el pertenecer al estamento castrense.

Esta Ley Juárez, en sus artículos 42 y 4o. transitorio, suprime los tribunales especiales, con excepción de los eclesiásticos y militares, estableciendo que estos sólo podrían conocer de los delitos militares o mixtos de los individuos sujetos al fuero de guerra. La Ley obligaba a los tribunales militares a pasar a los Jueces ordinarios los negocios civiles y las causas criminales sobre delitos comunes.¹⁰ La relevancia de esta ley descansa en el cambio de criterio en la aplicación del fuero de guerra: de un criterio personal al criterio material de la comisión de un delito militar.¹¹

⁹ Art. 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

¹⁰ Art. 42. Se suprimen los tribunales especiales, con excepción de los eclesiásticos y militares. Los tribunales eclesiásticos cesarán de conocer en los negocios civiles, y continuarán conociendo de los delitos comunes de los individuos de su fuero, mientras se expide una ley que arregle ese punto. Los tribunales militares cesarán también de conocer de los negocios civiles, y conocerán tan sólo de los delitos puramente militares o mixtos de los individuos sujetos al fuero de guerra. Las disposiciones que comprende ese artículo, son generales para toda la República, y los Estados no podrán variarlas o modificarlas.

Art. 4o. transitorio. Los tribunales militares pasarán igualmente a los jueces ordinarios respectivos, los negocios civiles y causas criminales sobre delitos comunes: lo mismo harán los tribunales eclesiásticos con los negocios civiles en que cesa su jurisdicción.

¹¹ Este mismo criterio es retomado en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, decretado por el Supremo Gobierno el 15 de mayo de 1956, el cual limitaba la competencia de los tribunales militares al conocimiento de los delitos cometidos por miembros del ejército en el servicio militar. El artículo 77 de esta ley disponía: "Estas garantías son generales, comprenden a todos los habitantes de la República y obligan a todas las autoridades que existen en ella. Únicamente queda sometido a lo que dispongan las leyes comunes generales: I. El modo de proceder contra los militares en los delitos cometidos en el servicio militar".

En el Congreso Constituyente de 1857 se acota aún más la competencia de los tribunales militares, estableciendo el artículo 13 de la Constitución Política de la República Mexicana que el fuero de guerra subsistía solamente para los delitos y faltas que tuvieran exacta conexión con la disciplina militar, reservando a la ley secundaria fijar los casos de excepción.¹² En el Congreso Constituyente de 1917, se discutió fuertemente la subsistencia del fuero de guerra. El dictamen presentado proponía conservarlo, sin embargo, era claro que se buscaba circunscribir aún más la jurisdicción de los tribunales militares, y literalmente se dijo: "el fuero militar responde exactamente a la necesidad social que hace forzosa su subsistencia; viene a constituir una garantía para la misma sociedad, en lugar de un privilegio otorgado a la clase militar, como fue en otro tiempo".¹³

Jurisdiccionalmente, los antecedentes son también ilustrativos. Entre 1919 y 1933, la Suprema Corte sostuvo una interpretación del artículo 13 constitucional conforme con la intención del Congreso Constituyente de 1917, manteniendo un criterio estrictamente material para otorgar competencia a los tribunales militares y estableció de manera clara que debía otorgarse competencia a los Jueces civiles en cualquier otro caso en que concurrieran militares y paisanos o civiles.¹⁴

¹² Art. 13 de la Constitución Política de 1857: "En la República mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fueros, ni gozar de emolumentos que no sean compensación de un servicio público y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. La ley fijará con toda claridad los casos de esta excepción".

¹³ Ignacio Marván, *Nueva Edición del Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917*, Tomo I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005, págs. 646 y ss. Hubo voto particular del General Múgica en el que criticó la subsistencia del fuero de guerra y señaló la conveniencia de abolirlo, para que en su lugar los tribunales ordinarios conocieran de los delitos contra la disciplina militar. Esteban B. Calderón propuso que se independizara la justicia militar del Poder Ejecutivo y se le ubicara dentro del Poder Judicial de la Federación. Hilario Medina cuestionó el militarismo, afirmando que uno de los fines de la Revolución Mexicana había sido acabar con el militarismo y que, aun cuando el Congreso aprobase el artículo propuesto por la Comisión consignando el fuero, quedaría como un legado para las futuras generaciones la abolición definitiva del fuero de guerra. Finalmente, el artículo 13 fue aprobado por 122 votos contra 61, con la redacción actual.

¹⁴ Son varios los criterios, los más ejemplificativos son: DELITOS DEL FUERO DE GUERRA. El fuero de guerra subsiste solamente para los delitos y faltas contra la disciplina militar, cometidos por militares, de suerte que no basta que un delito haya sido cometido por un individuo perteneciente al Ejército, porque si no afecta de una manera directa la disciplina militar, ni constituye un delito cometido en ejercicio de funciones militares, o contra el deber o decoro militar, o en contra de la seguridad o existencia del Ejército, no puede caer bajo la competencia de los tribunales del fuero de guerra. (Tesis aislada, Quinta Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo VII, página 1140). FUERO DE GUERRA. Si los delitos que cometan los militares, no afectan a la disciplina militar, no son de la competencia del fuero de guerra. (Tesis aislada, Quinta Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XII, página 70). ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL. El espíritu de esta

No es sino a partir del año 1933, cuando en uso de facultades extraordinarias para legislar, se expide el Código de Justicia Militar.¹⁵ Como consecuencia, se modifica la interpretación de la Corte para intentar compaginar lo dispuesto por el artículo 13 constitucional con lo establecido en el artículo 57 del Código, interpretación que es la vigente al día de hoy.¹⁶ El problema de la interpretación resultante es que no deja claro si el criterio adoptado por la Corte es el personal como el establecido legalmente o el material que se deriva del artículo constitucional, lo que es cierto es que en la mayoría de los casos en que se encuentran militares involucrados, aun cuando exista concurrencia de civiles, las autoridades civiles

disposición, en cuanto previene que cuando en un delito o falta del orden militar, estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda, es que un mismo tribunal resuelva sobre la responsabilidad de los paisanos y de los militares, a fin de que no se divida la continenencia de la causa; por lo que, aun cuando en el curso de la averiguación no se formulen conclusiones acusatorias contra los paisanos, debe continuar conociendo del proceso el Juez Civil, hasta fallar para que aquella continenencia subsista. (Tesis aislada, Quinta Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XII, página 913). FUERO DE GUERRA. El artículo 13 constitucional limita la órbita de los tribunales militares, fija su jurisdicción exclusivamente sobre aquellas personas que pertenecen al Ejército, y manda, además, que cuando en los delitos del orden militar aparezca complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil correspondiente; y dados los términos categóricos de ese precepto, aun suponiendo que se trata de investigar el delito de rebelión militar, en el que se hallen inmiscuidos algunos paisanos, los jefes militares no están capacitados para asumir las funciones que el artículo 21 constitucional concede al Ministerio Público, ni para proceder a la detención de los acusados, si en el lugar en donde residen dichos jefes existen autoridades judiciales comunes y funciona normalmente el Ministerio Público. (Tesis aislada, Quinta Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XXX, página 1643).

¹⁵ Emitido por el Presidente sustituto Abelardo L. Rodríguez, publicado el 13 de enero de 1933. El artículo que nos es relevante establece:

Art. 57. Son delitos contra la disciplina militar:

I.- Los especificados en el Libro Segundo de este Código;

II.- Los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan:

a).- Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo;

b).- Que fueren cometidos por militares en un buque de guerra o en edificio o punto militar u ocupado militarmente, siempre que, como consecuencia, se produzca tumulto o desorden en la tropa que se encuentre en el sitio donde el delito se haya cometido o se interrumpa o perjudique el servicio militar;

c).- Que fueren cometidos por militares en territorio declarado en estado de sitio o en lugar sujeto a la ley marcial conforme a las reglas del derecho de la guerra;

d).- Que fueren cometidos por militares frente a tropa formada o ante la bandera;

e).- Que el delito fuere cometido por militares en conexión con otro de aquellos a que se refiere la fracción I.

Cuando en los casos de la fracción II, concurran militares y civiles, los primeros serán juzgados por la justicia militar.

Los delitos del orden común que exijan querrela, necesaria para su averiguación y castigo, no serán de la competencia de los tribunales militares, sino en los casos previstos en los incisos (c) y (e) de la fracción II.

¹⁶ Esta no es una situación extraña, sino una tendencia histórica de deferencia al legislador en asuntos de interpretación de derechos fundamentales por parte de la Suprema Corte que no se ha comenzado a revertir sino hasta muy recientemente. Véase, Francisca Pou, Roberto Lara, Raúl Mejía, "¿De verdad deseamos una Corte Redentora?", en *Corte, Jueces y Política*, Rodolfo Vázquez (comp.), Nexos-Fontamara, México, 2007. Publicado originalmente en la revista Nexos, núm. 344, agosto de 2006.

envían los asuntos a la Procuraduría General de Justicia Militar, para que el asunto se siga en un tribunal militar, por lo menos en lo que respecta a los militares involucrados.¹⁷

2. ¿Que debemos esperar?

De lo anterior se sigue que no podemos realmente evaluar, desde el punto de vista jurisdiccional, si el criterio adoptado por los tribunales mexicanos es o no contrario a los estándares internacionales y a la propia interpretación histórica de la Constitución Mexicana; la resolución reciente sobre la materia simplemente se limitó a determinar que el ofendido no tenía interés jurídico para acudir al juicio de garantías para que se determinara el problema de la competencia sobre el asunto donde se encontraban civiles involucrados. Lo que es cierto, es que la práctica judicial hasta ahora sigue la remisión de asuntos donde se encuentran involucrados militares a la justicia militar, sin tener aún la posibilidad de que estos juicios y la competencia de los Jueces sean revisados por la jurisdicción constitucional.

¹⁷ Existen tesis contradictorias al efecto en donde se discute la continencia de la causa cuando existan militares y civiles involucrados en un mismo suceso; la primera que divide la causa: Tesis aislada, Quinta Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XXXIX, página 240, FUERO DE GUERRA., donde se concluye que: "I. el artículo 13 constitucional prohíbe que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, en todo caso; II. manda que las personas que pertenezcan al ejército, deben ser enjuiciadas ante los tribunales del fuero de guerra, cuando se trata de delitos del orden militar, y III. que cuando en la comisión de un delito del orden militar concurren militares y civiles, la autoridad civil debe conocer del proceso, por lo que toca a los civiles, y los tribunales del fuero de guerra, del que se instruya a los militares"; la segunda que mantiene la continencia de la causa a favor de las autoridades civiles: Tesis aislada, Quinta Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XL, página 1393, también de rubro: FUERO DE GUERRA., donde se concluye: "que ni los antecedentes históricos del artículo 13 constitucional, ni las condiciones sociales reinantes cuando fue expedido, ni las ideas expuestas por los legisladores al expedirlo, ni la significación gramatical de las palabras de su texto, pueden autorizar la interpretación de que cuando en un delito militar estuviese complicado un paisano, las autoridades del fuero de guerra juzgarán a los miembros del Ejército y las autoridades civiles al paisano; y por tanto, son las autoridades civiles quienes deben de conocer de un proceso militar en el que se encuentren inmiscuidos militares y paisanos (...)", finalmente la Tesis aislada, Quinta Época, Pleno, Informe 1938, página 72, Rubro: "ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL. SU INTERPRETACIÓN EN ORDEN A LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS DELITOS MILITARES, CUANDO CONCURRAN AGENTES CIVILES Y MILITARES EN LA COMISIÓN DE AQUELLOS", emitida cuando el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia resolvió la competencia 118/37, suscitada entre el Juzgado Tercero Militar de la Plaza de México y el Segundo de lo Criminal de Puebla, a partir de la cual se impuso la interpretación que resultaba conforme con el artículo 57 del Código de Justicia Militar, reintroduciendo un criterio personal para otorgar competencia a los tribunales militares y dividiendo la continencia de la causa.

Por otra parte, en el caso de la aplicabilidad de la sentencia de Rosendo Radilla *vs.* Los Estados Unidos Mexicanos, el resultado aun deja abierta la posibilidad de que la Suprema Corte en un nuevo dictamen, pueda determinar que es lo que debe hacerse con las obligaciones establecidas, al menos en lo que se refiere al Poder Judicial de la Federación, en la parte resolutive de la sentencia. Desde la discusión que se llevó a cabo, podemos esperar algunos elementos importantes a resolverse por el proyecto que se presente al efecto: a) la determinación de cómo es que la Corte se hace del conocimiento del asunto, si se trata de un hecho notorio, o si el aviso de la Secretaría de Gobernación es suficiente; b) como debe llevarse a cabo el cumplimiento, si cada uno de los poderes debe intentar cumplir en lo que corresponde a su esfera de competencia, o si se debe establecer algún tipo de coordinación entre los mismos; c) si la obligatoriedad material del sistema interamericano hacia la Suprema Corte se limita a los instrumentos internacionales y a las sentencias condenatorias, o si siempre hay obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana en general y si la Corte esta obligada en todos los casos a los que se denomina en la sentencia Radilla, un "control de convencionalidad" sobre las normas internas.

Todas estas interrogantes tendrán que resolverse en ese dictamen resultado de la respuesta a la consulta, aun cuando eso no resuelve de manera final el problema del fuero militar, ya que el problema se encuentra en el ámbito legislativo, en el artículo 57 del Código de Justicia Militar. En este sentido, el legislador debe incorporar elementos en las normas relacionadas con la justicia militar que renueven aquellas creadas en la década de 1930. Si bien, como ya vimos, los contenidos constitucionales son acordes con las exigencias internacionales en la materia, las interpretaciones del legislador histórico si presentan problemas, y en las condiciones de cooperación o colaboración militar con autoridades civiles.

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en agosto de 2011 en los talleres de Ediciones Corunda, S.A. de C.V., calle Panteón núm. 209, Bodega 3, Colonia Los Reyes Coyoacán, Delegación Coyoacán, C.P. 04330, México, D.F. Se utilizaron tipos Adobe Caslo Pro de 8, 10, 11, 14, 23 y 25 puntos y Shelley Volante BT de 20 puntos. La edición consta de 2,000 ejemplares impresos en papel bond blanco de 90 grs.

