

## DESAPARICIÓN DE PODERES

### 489. DESAPARICIÓN DE PODERES

La desaparición de poderes es un medio de control constitucional político encomendado al Senado de la República, con la intención de garantizar el sistema federal mexicano; tiene sus antecedentes en el constitucionalismo americano (E. U. A.), en donde la pretensión primigenia es la salvaguarda de la unión pactada por los estados en la Confederación Americana y es desarrollada con base en la interpretación del texto constitucional de las ideas contractuales de Rousseau y de Locke; en el caso de Rousseau, la Consti-

tución es un contrato político emanado de la voluntad popular y en donde esta voluntad popular hace una enajenación absoluta de todos sus derechos a favor del poder político que surge de esto, mientras que la consideración de Locke estima que el contrato político se explica por la necesidad de que los derechos fundamentales del individuo subsistan después de la celebración del contrato. Estas dos consideraciones trasladadas al pacto de los estados son las que sirvieron como base para la jurisprudencia de los Estados de Norteamérica respecto a la garantía de la forma republicana, misma garantía que se encontraba estipulada en el texto constitucional de los Estados Unidos de América de 1787 en el art. IV, sección IV, que enunciaba: “The United States shall guarantee to every state in this union a republican form of government, and shall protect each of them against invasion; and on application of the legislature, or of the executive (when the legislature cannot be convened) against domestic violence”. Considerando a esta garantía como el fortalecimiento del sistema federal para preservar la unión de los estados, pasó a nuestro ordenamiento constitucional; sin embargo, no dejó de existir la preocupación de que aquellos que son investidos con los poderes del gobierno federal empleen este poder como medio de su propio engrandecimiento, en vez de utilizarlos para proteger y preservar a la unión federal, permitiendo con esto la garantía federal y, por ende, la unión de los estados miembros de manera voluntaria y no impuesta, pensando que tal unión es lo mejor para el desarrollo y el bienestar común para cada uno de sus integrantes, ya que el uso excesivo de poder para la aplicación de esa garantía traería como consecuencia la consideración de que si no se usa racionalmente esta garantía, pudiera traer la muerte del sistema federal.

En México, la garantía republicana en el régimen de 1824 correspondió al Congreso, el cual tenía esta facultad derivada del art. 49, fracción segunda, que decía: “Las leyes y decretos que emanen del Congreso tendrán por objeto: II. Conservar la unión federal de los Estados y la paz y el orden público en lo interior de la Federación”. Es hasta la reforma constitucional de 1874, tratando de fortalecer al Poder Legislativo, cuando se hace presente la garantía republicana, concediéndole esa garantía al Senado en el art. 72, apartado B, fracción V, que señalaba: “son facultades exclusivas del Senado, declarar cuando hay hayan desaparecido los poderes constitucionales Legislativo y Ejecutivo de un Estado, que llegado el caso de nombrarlo Gobernador provisional quien convocará a elecciones conforme a las leyes del mismo Estado”. Desde la aparición de esa facultad concedida al Senado, una gran cantidad de hechos se sucedieron hasta gran parte del régimen de 1917. En estos acontecimientos, la actuación del Senado en ocasiones se convertía en arbitrario y en contra o en detrimento de las entidades federativas, por lo cual no se justificaba el objeto por el cual había sido creado, ya que en lugar de fortalecer la unión de las entidades en el sistema federal mexicano, resultaba nefasta para ella. Múltiples son los casos en los cuales a petición de ciudadanos el Senado intervenía apoyado en esta facultad constitucional y sobresalía la intención de que más que salvaguardar la garantía republicana se pretendía contar en los gobiernos estatales con personas afines al gobierno federal, y podríamos hacer una enunciación demasiado amplia respecto a las actuaciones del Senado bajo esta facultad; sin embargo, cobra relevancia destacar el caso denominado “la doble legislatura del estado de Jalisco”, la cual deja en evidencia la

manera indiscriminada del abuso de esta facultad de parte del Senado y que se convirtió en un arma política en un afán de contener las diferencias federales con las autoridades locales no afines a los titulares de los poderes federales. He aquí el ejemplo de la doble legislatura: once individuos se reunieron en una casa de Guadalajara con la finalidad de constituir los poderes estatales de Jalisco; sin sustento legal ni constitucional que los respaldara expiden un decreto nombrando como presidente del Tribunal Superior de Justicia a alguien ajeno a ellos y desconociendo después al Ejecutivo local, por lo cual el presidente del Tribunal electo para ellos pasaba a ser el gobernador constitucional del Estado y así forman, según ellos, dualidad de los poderes constituidos de los poderes del Estado.

Mediante un doble juego político, el Ejecutivo federal reconoce a los poderes constituidos del estado de Jalisco (Ejecutivo y Legislativo); sin embargo, en su reconocimiento da a los ciudadanos rebeldes la oportunidad de acudir al Senado para hacer valer sus derechos que como legislatura reclaman, es aquí donde la intervención del Senado cobra relevancia, ya que con un espíritu aparentemente conciliador en su resolución, manifiesta que es llegado el momento de nombrar a un gobernador provisional; para que este convoque a elecciones para el nombramiento de los titulares de los poderes constituidos del Estado.

Esto provocó el rechazo airado por parte del Poder Ejecutivo del estado y la legislatura local, por tal aberrante disposición, ya que no se encontraba este caso en el supuesto inmerso en el art. 72, apartado B, fracción V, que a la letra decía: “B.- Son facultades exclusivas del Senado”, “Declarar cuando hayan desaparecido los poderes constitucionales Legislativo y Ejecutivo de un estado, que es llegado el caso de nombrarte gobernador provisional, quien convocará a elecciones conforme a las leyes del mismo Estado”, de conformidad a lo publicado en *El Monitor Republicano*, núms. 166 y 167, el 11 y 12 de julio de 1876.

En México, estos constantes abusos en los distintos regímenes constitucionales, desde 1857 y gran parte de 1917, hizo necesaria la reglamentación para el uso de este medio de control político, lo cual se dio el 29 de diciembre de 1978 bajo la denominación de Ley reglamentaria de la fracción V del art. 76 de la Constitución General de la República, la cual señala cinco supuestos en los que se puede configurar la desaparición de los poderes de un estado, de las cuales la primera y la quinta hacen referencia a la garantía federal y a la garantía republicana, y la segunda, tercera y cuarta se refieren a impedimentos, prorrogas o abandonos de los titulares de los poderes constituidos en los estados.

*Carlos González Blanco*

#### 490. DESAPARICIÓN FORZADA (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sistematizado las características especiales de la desaparición forzada de personas considerándola una violación múltiple y compleja de derechos humanos. Las desapariciones constituyen una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de manera integral (Corte IDH, caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia de 20 de enero de

1989, núm. 5, párr. 158). Debe considerarse la particular gravedad de la desaparición forzada (Corte IDH, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, sentencia de 25 de mayo de 2010, núm. 212, párr. 86). La Corte fue el primer Tribunal Internacional en sostener que su prohibición constituye una norma *erga omnes* (Corte IDH, caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, núm. 153, párr. 84).

Al igual que diferentes instrumentos internacionales y otros organismos de derechos humanos, la Corte entiende que los elementos constitutivos de la desaparición forzada son: a) la privación de la libertad en cualquier forma; b) la participación de agentes estatales o la aquiescencia o cooperación de estos con terceros, y c) la negativa de reconocer la privación de la libertad o de revelar la suerte o paradero de la persona (caso *Radilla Pacheco vs. México*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, núm. 209, párr. 140). El análisis de dichas conductas debe abarcar la totalidad del conjunto de los hechos, consecuente con la compleja violación a derechos humanos que esta conlleva, con su carácter permanente y con la necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron los hechos (caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, sentencia de 1 de septiembre de 2010, núm. 217, párr. 61).

La desaparición es una violación continua de derechos humanos. Ello implica que esta permanece mientras se desconozca la suerte o el paradero de la persona desaparecida o se identifiquen con certeza sus restos y, mientras dicha situación perdure, los Estados tienen el deber correlativo de investigarla y, eventualmente, sancionar a los responsables (Corte IDH, caso *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, sentencia de 14 de noviembre de 2014, núm. 287, párr. 228).

Dadas las características particulares de este crimen, la Corte IDH ha establecido estándares probatorios especiales con relación a las desapariciones forzadas. Debido a su naturaleza clandestina, el Tribunal exige que el Estado, en virtud de sus obligaciones internacionales, proporcione la información necesaria, pues es quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio; por tanto, es inaceptable poner la carga de la prueba en las víctimas o sus familiares (Corte IDH, caso *Gómez Palomino vs. Perú*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, núm. 136, párr. 106). Por los mismos motivos, la Corte también adopta estándares probatorios particulares y más flexibles en este tipo de casos (Corte IDH, caso *Blake vs. Guatemala*, sentencia de 24 de enero de 1998, núm. 36, párr. 49).

En el caso de las desapariciones forzadas de personas se violan un conjunto de derechos convencionales, que son generalmente: el derecho a la vida, a la libertad personal, a la integridad personal y al reconocimiento de la personalidad. Al mismo tiempo, se considera que se violan los derechos al debido proceso, a la protección judicial y a la integridad física de los familiares de las personas desaparecidas (Corte IDH, caso *Chitay Nech, cit.*).

En el marco de los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), los Estados tienen la obligación de que los hechos relativos a la desaparición forzada sean efectivamente investigados por las autoridades estatales (Corte IDH, caso *Radilla Pacheco*, párr. 180). La investigación de dicho crimen tiene características particulares, en especial, como parte del deber de investigar, el Estado debe realizar una búsqueda efectiva del paradero de la víctima (Corte IDH, caso *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*,

sentencia de 27 de noviembre de 2008, núm. 191, párr. 155). El derecho a la verdad forma parte del derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos (Corte IDH, caso *Gudiel Álvarez y otros* (“*Diario Militar*”) vs. *Guatemala*, sentencia de 20 noviembre de 2012, núm. 253, párr. 301).

La Corte IDH ha desarrollado una importante jurisprudencia en cuanto a medidas de reparación material, inmaterial, de satisfacción y garantías de no repetición que colocan al Tribunal en una posición de vanguardia (caso *Gomes Lund y otros* (“*Guerrilha do Araguaia*”) vs. *Brasil*, sentencia de 24 de noviembre de 2010, núm. 219, párr. 201). Fundamentalmente, ha determinado que en tales casos las víctimas son tanto la persona desaparecida como sus familiares, presumiendo el daño inmaterial que estos sufren como consecuencia de la desaparición. En cuanto a la reparación del daño material, la Corte ha ordenado, entre otros, la compensación de los gastos en que han incurrido los familiares de los detenidos desaparecidos en su búsqueda y computado los ingresos probables que hubiera percibido la persona desaparecida. De manera trascendente, como medidas de satisfacción y garantías de no repetición, ha dispuesto la atención médica de los familiares y la realización de actos para restituir la dignidad y preservar la memoria de la víctima —tales como la construcción de monumentos, colocación de placas, instauración de becas o nombramiento de escuelas—. Particularmente se ha insistido en la obligación de buscar a la persona desaparecida y, en caso de ser hallada muerta, identificar y entregar los restos mortales. Todo ello constituye una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo (Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 22 de febrero de 2002, núm. 91, párr. 76).

Por último, la Corte siempre ordena la debida investigación, juzgamiento y sanción de las personas responsables de dichos crímenes. Para ello requiere, entre otras cosas, que se tipifique debidamente el delito de desaparición forzada, y considera que se deben dejar sin efecto las leyes de amnistía y medidas similares. Lo anterior en razón de que tales medidas constituyen una dificultad en el orden interno para identificar, juzgar y sancionar a los responsables y, al obstaculizar la investigación, impiden a los familiares de la víctima conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente (Corte IDH, caso *Castillo Páez vs. Perú*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, núm. 43, párr. 105). Por los mismos motivos, ha considerado inaplicables las disposiciones sobre prescripción de ese delito (Corte IDH, caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia de 12 de agosto de 2008, núm. 186, párr. 207).

En definitiva, la Corte ha sido el órgano que más ha contribuido al desarrollo sustantivo y procedimental en la materia, lo cual ha realizado al responder a la realidad e influencia latinoamericanas.

*Ariel Dulitzky*

#### 491. DESPLAZAMIENTO INTERNO

Los Principios Rectores de los desplazamientos internos de las Naciones Unidas entienden por dicho fenómeno a “las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violacio-

nes de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”.

De igual manera, dichos Principios Rectores indican que la prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye los desplazamientos: *a)* basados en políticas de *apartheid*, limpieza étnica o prácticas similares cuyo objeto o resultado sea la alteración de la composición étnica, religiosa o racial de la población afectada; *b)* en situaciones de conflicto armado, a menos que así lo requiera la seguridad de la población civil afectada o razones militares imperativas; *c)* en casos de proyectos de desarrollo a gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial; *d)* en casos de desastres, a menos que la seguridad y la salud de las personas afectadas requieran su evacuación, y *e)* cuando se utilicen como castigo colectivo.

En cuanto a la categoría de desplazado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, puntualizó que no es el registro formal ante las instituciones del Estado lo que le da la calidad de desplazado a una persona, sino el mero hecho de haberse visto forzado a abandonar el lugar de residencia habitual; sin embargo, sí especificó que es necesario el reconocimiento o identificación de la persona como desplazada para su debida protección.

Asimismo, siguiendo el criterio de la Corte IDH, existen tres escenarios que pueden llevar a un Estado a incurrir en responsabilidad internacional por desplazamientos internos: *a)* las causas; *b)* las condiciones de vida y asistencia durante los mismos, y *c)* las garantías que el Estado haya proporcionado para un retorno seguro. Al respecto, no se violan necesariamente los tres aspectos en una misma situación, sino que puede ser solo alguno de ellos.

En casos de desplazamiento interno, es imprescindible que el Estado lleve a cabo un análisis diferenciado, pues la Corte IDH ha mencionado en repetidas ocasiones que derivado de este hecho en particular existen implicaciones o efectos diferentes si se trata de mujeres, personas mayores, niños, niñas o pueblos indígenas, y particularmente en este último caso, ya que ellos tienen una especial conexión con sus tierras ancestrales.

Por tanto, las obligaciones de los Estados a la luz de los Principios Rectores y el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre desplazamiento interno en el Triángulo Norte de Centroamérica son: *a)* prevenir el problema; *b)* proteger y brindar asistencia a los desplazados durante el desplazamiento; *c)* prestar asistencia humanitaria, y *d)* facilitar el retorno, reasentamiento y reintegración de los desplazados internos en condiciones de seguridad.

Finalmente, Romina Sijniensky describe cuatro obstáculos para el reconocimiento del fenómeno y su abordaje adecuado a nivel global, a saber: normativos, cuantitativos, ideológicos y presupuestarios. Así, desde su perspectiva, estas son las cuestiones que quedan por pensar y que en algunas ocasiones dificultan la adopción de políticas públicas adecuadas para enfrentar la problemática.

En cuanto a la dimensión normativa, aunque existen los Principios citados, que a su vez se adecuan a la normativa internacional de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, representa un obstáculo la falta de un tratado vinculante. En este mismo rubro, hace notar que en la descrip-

ción de desplazamiento interno dada por los Principios se hace un listado que no es exhaustivo o taxativo, sino que se pueden incluir otras situaciones que generan desplazamiento forzado, como el crimen organizado. Por otro lado, esta definición tampoco contempla casos en los que haya fronteras controvertidas o cuestiones de temporalidad, pues se entendería que la calidad de desplazado es por un tiempo determinado, pero en realidad hay comunidades o personas que han pasado años en tal situación sin poder volver a sus lugares de origen.

El aspecto cuantitativo contempla la necesidad de identificación que permita dimensionar la magnitud del fenómeno y las posibilidades de que el Estado deba responder a la situación. Se precisan diagnósticos adecuados para detectar las causas, que a su vez requieren una metodología cuantitativa que sea fiable y permita su visibilización o existencia. Por tanto, es un aspecto que requiere mayor detenimiento y análisis para una mejor operación.

En la dimensión ideológica, la autora explica que se entiende que las personas desplazadas se encuentran dentro de su propio país y eso da por sentado que el Estado no llevó a cabo las medidas necesarias para evitar la situación. En ese contexto, se requiere mayor precisión en cuanto a la respuesta diferenciada de los Estados ante un escenario particular de desplazamiento, pues existen otras poblaciones en condición de vulnerabilidad dentro del propio Estado sin las necesidades básicas satisfechas. Y, por último, se vuelve imprescindible poner atención en las posibles etiquetas, prejuicios y estereotipos hacia los desplazados según los diversos contextos, es decir, no es lo mismo un desplazamiento por catástrofe medioambiental que otro por conflicto armado.

Finalmente, destaca la importancia de tener en cuenta la dimensión presupuestaria, ya que para diseñar una política pública que aborde el problema en comento son necesarios recursos económicos y, para ello, es total identificar las razones del desplazamiento, medir la relación con las políticas públicas generales, y la asignación de recursos en comparación con otros colectivos en situación de vulnerabilidad que también tienen desventaja en el acceso a recursos públicos.

*Eréndira Nohemí Ramos Vázquez*

#### 492. DESTIERRO

El destierro, incluido entre las penas privativas de libertad ambulatoria, fue considerado en los textos histórico-jurídicos como la sanción modelo del grupo constituido por el extrañamiento, la deportación o el confinamiento, y se refiere a la expulsión territorial, que excluía al reo de residir en su lugar natural, en su comunidad. Según el *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* de Escriche, el destierro “no es más que la expulsión judicial de alguna persona de cierto lugar o territorio determinado; pero en el lenguaje de las Partidas (VII, 31, 4) se entiende también por destierro la traslación hecha por autoridad de justicia de alguna persona a una isla u otro paraje cierto”. Entre los atenienses de la antigüedad se llamaba al destierro político *ostracismo*, mientras que entre los romanos (como señala el propio Escriche) se llamaba *deportación* al destierro perpetuo con ocupación de bienes, y *relegación* a aquel destierro sin confiscación de bienes. En las fuentes del derecho español encontramos referencias del destierro desde el libro de los Fueros de Castilla (números 163

o 188), el Fuero Viejo de Castilla (t. II, 1.1; 2.1; I.4), las Leyes de Estilo (t. I, XLIX o CCLII), el Espéculo (III, 5, 13 o III. 8.5), las Partidas (VII, 31, 4), el Fuero Real y el Ordenamiento de Alcalá hasta la legislación de Cortes o la legislación especial, como el Ordenamiento de Tahurerías. Su frecuencia en los textos, como afirma Tomás y Valiente, resalta su utilización no solo contra infracciones específicas, sino en sustitución de las corporales, en principio no ejecutables sobre los nobles.

El destierro, como pena de orientación a veces política, fue una de las más útiles del Antiguo Régimen, aunque se mostrara peligrosa por sus efectos, ya que “tiene la ventaja de no ser irreparable... pero es una pena muy desigual si se aplica sin discernimiento”, como argumenta el propio Escriche. A su vez, era la más leve entre las penas restrictivas de la libertad ambulatoria, pues distintos estudios realizados en torno a las penas impuestas en esta época parecen demostrar que el destierro se aplicaba como modo de moderar la pena ordinaria, en los supuestos de delitos graves mediando alguna circunstancia atenuante, o para aquellos acusados por delitos no excesivamente graves. Ortego Gil (historiador del derecho español), en sus diversos estudios histórico-jurídicos incluyó como aquellos delitos que merecían la pena de destierro, los atentados a las justicias, amancebamientos, juegos prohibidos, rufianismo, hechicerías, incendios, escándalos y blasfemias, aborto, abigeato, armas prohibidas.

La exclusión territorial del reo, siguiendo la terminología romana, podía hacerse a una isla o ínsula, o abandonar el lugar o pueblo donde se cometió el delito y en los supuestos más graves, del reino, propio de los destierros perpetuos, constituyendo en sí misma una pena de muerte civil. En los reinos de la península ibérica, durante los siglos XVI a XVIII, si bien buena parte de la legislación real incluyó como sanción la pena de destierro, no siempre mencionaron su ámbito territorial de exclusión.

La garantía de la paz de las personas, en especial de las privilegiadas, o de la comunidad atacada, fueron los argumentos más repetidos en las sentencias para fundamentar el destierro. Esta pena se constituyó, como una de las más importantes cuantitativa y cualitativamente durante la Edad Moderna (siglos XVI y XVII), por delante de las penas pecuniarias y a mucha distancia de la condena al remo, tercera en importancia porcentual. Sin embargo en el transcurso del siglo XVIII fue superada por sanciones como las propias penas pecuniarias, el apercibimiento o el presidio. Esta situación propia de la España del Antiguo Régimen pudo apreciarse también en países como Francia, aunque en este caso la pena de destierro no sería totalmente desplazada hasta la consolidación de la prisión.

El destierro no solo provocaba al condenado el desplazamiento hacia un medio desconocido, lo que a menudo conllevaba la entrada en el mundo de la mendicidad, sino que era un instrumento valioso de una política criminal inteligente, ya que, como afirma Ortego Gil, la justicia de aquel periodo de transición de los siglos bajomedievales y modernos, ante la imposibilidad de crear nuevas penas y correspondiendo a cada delito un castigo, utilizaron el destierro como una pena de no excesiva dureza, que les permitía adecuarse a la personalidad de determinados delincuentes, a la gravedad de los hechos, al grado de participación en estos y a la obligación de reprimir las conductas que hubieran violentado el ordenamiento jurídico.

Hasta antes del siglo XIX la pena de destierro fue concebida como una medida de seguridad, al menos relativa, destinada a la protección de la sociedad frente a los criminales que no habían sido castigados con la pena de muerte, evitando así ulteriores acciones violentas del entorno ciudadano. En los siglos XIX y XX el destierro se le considera como pena con perfil correccional. Dicha pena ya no solo fue impuesta a los delitos particulares, sino que también se usó para delitos contra el Estado u otros con connotaciones políticas o como sanción para casos de responsabilidad de funcionarios públicos.

Actualmente hay una tendencia cada vez mayor a erradicar la pena de destierro en las legislaciones penales nacionales; sin embargo, en aquellos países que aún la contemplan, su aplicación requiere de una determinación judicial oficial. El art. 9o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que “nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”.

Por su parte, el art. 22.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al referirse al derecho de circulación y de residencia, indica que “nadie puede ser expulsado del territorio del estado de cual es nacional, ni ser privado del Derecho a ingresar al mismo”, lo que nos hace suponer que esta disposición limita la posibilidad de establecer como pena el destierro a un nivel internacional, ya que en este caso no se hace excepción respecto de leyes que pudieran considerar casos o situaciones particulares y, adicionalmente, cabe decir que en el punto 7 del mismo artículo se reconoce el derecho que se tiene a buscar y recibir *asilo* en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos. Toma relevancia hacer estar relación, considerando que durante el siglo XX el destierro se aplicó mayoritariamente contra los adversarios políticos de un Estado.

Finalmente, y considerando la propuesta hecha por la Comisión Andina de Justicia en los *Lineamientos para la implementación del Estatuto de Roma*, en relación con el tema de sanciones penales, se hace necesario que las legislaciones nacionales tengan presente que “se prohíbe la sanción con pena de muerte, destierro y demás sanciones que establezcan un trato cruel, inhumano o degradante a la persona declarada responsable” (disposición 3.7), esto con la finalidad de facilitar la implementación de dicho Estatuto, que refleja el nuevo sistema de justicia penal internacional, sin olvidar, por una parte, que dicho sistema “actúa de forma complementaria a la labor de administrar justicia por parte de los tribunales nacionales”, y, por la otra, como señala Sergio García Ramírez, que “las sanciones recogen y significan determinada opción ética, política y jurídica. Acreditan la frontera entre la democracia y el autoritarismo, con sus respectivas implicaciones”.

*Amelia Gascón Cervantes  
María Dolores Madrid Cruz*

#### 493. DETENCIÓN ARBITRARIA

El artículo 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) contempla la prohibición de la detención o encarcelamiento arbitrarios. Dicha prohibición, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), constituye la principal garantía de la libertad y la seguridad de la persona (caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, sentencia de 21 de septiembre de 2006, núm. 152, párr. 86).

Al referirse a la arbitrariedad de la detención, la Corte IDH ha establecido que el concepto de *arbitrariedad* no debe equipararse al de *contrario a la 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” (caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador*, sentencia de 21 de noviembre de 2007, núm. 170, párr. 92). Con base en esta consideración, la Corte determina que cualquier detención debe llevarse a cabo no solo de acuerdo con las disposiciones de derecho interno, sino que además resulta necesario que “la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con la Convención” (caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, sentencia de 24 de octubre de 2012, núm. 241, párr. 133). En este sentido, la evaluación de si una detención o privación de libertad ha sido arbitraria involucra dos cuestionamientos independientes. Por un lado, determinar si el acto cumple con los requisitos legales, pues en caso contrario, la detención será considerada arbitraria y, por el otro, analizar si la detención cumple con los estándares contenidos en la normativa legal, pues el artículo 7.3 exige una evaluación de dichos estándares a la luz de la CADH.

En particular, los órganos del Sistema Interamericano han interpretado el artículo 7.3 de la CADH a la luz de las razones que pueden justificar la detención. En este sentido, han señalado que para justificar la privación de la libertad de una persona “deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga”; sin embargo, a pesar de que se configure tal supuesto, la detención “no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena”, sino que solo debe fundamentarse en fines procesales, a saber, evitar que la persona acusada no impedirá el desarrollo del procedimiento o impedir que eluda la acción de la justicia (casos *Barreto Leiva vs. Venezuela*, sentencia de 17 de noviembre de 2009, núm. 206, párr. 111; *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, párrs. 101 y 103; *Servellón García y otros*, párr. 90. Véase también CIDH, Informe 53/16, asunto 12.056, Gabriel Oscar Jenkins vs. Argentina, 6 de diciembre de 2016, párr. 114).

Considerando lo anterior, toda decisión que determina la aplicación de la prisión preventiva debe “contener una motivación suficiente e individualizada que permita evaluar si tal detención se ajusta a las condiciones necesarias para su aplicación”. Dichas condiciones consisten en: a) la existencia de indicios razonables que vinculen a la persona acusada; b) la justificación de fines legítimos; c) la aplicación excepcional de la medida, y d) el cumplimiento de criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad” (Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, párr. 93; caso *Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador*, sentencia de 1 de septiembre de 2016, núm. 316, párr. 143. Véase también CIDH, Informe 53/16, *cit.*, párrs. 114 y 115).

A lo largo de su jurisprudencia, tanto la CIDH como la Corte IDH han determinado la arbitrariedad de la privación de la libertad en distintos supuestos. De ellos destaca el relacionado con la falta de fines procesales para justificar la detención, que se caracteriza por tener como base la mera existencia de indicios de responsabilidad (Corte IDH, casos *Herrera Espinoza y otros*, párr. 148 y *Barreto Leiva*, párrs. 115 y 166; CIDH, Informe 61/18, asunto 12.491, Gustavo Sastoque Alfonso vs. Colombia, 8 de mayo de 2018, párr. 86;

## DETENCIÓN COLECTIVA

Informe 76/11, asunto 11.769 A, J. vs. Perú, 20 de julio de 2011, párr. 232; Informe 53/16, asunto 12.056, Gabriel Oscar Jenkins vs. Argentina, párr. 126).

De igual forma, los órganos del Sistema Interamericano han establecido la violación del artículo 7.3 de la CADH cuando la privación de la libertad se ha basado en las características personales del supuesto autor (Corte IDH, casos *Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador*, párr. 143; *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*, sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 106; *López Álvarez vs. Honduras*, sentencia de 1 de febrero de 2006, núm. 141, párr. 69; *García Asto y Ramírez Rojas*, sentencia de 25 de noviembre de 2005, núm. 137, párr. 106; *Acosta Calderón vs. Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2005, núm. 129, párr. 75; *Tibi vs. Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, núm. 114, párr. 180. Véase también, CIDH, Informe 53/16, asunto 12.056, *Gabriel Oscar Jenkins vs. Argentina*, párr. 114), en la gravedad del delito imputado (Corte IDH, casos *López Álvarez vs. Honduras*, párr. 69; *García Asto y Ramírez Rojas*; CIDH, Informe 53/16, asunto 12.056, *Gabriel Oscar Jenkins vs. Argentina*, párr. 114; Informe 76/11, asunto 11.769 A, J. vs. Perú, párr. 230) y en el tipo del delito perseguido penalmente (Corte IDH, caso *Herrera Espinoza y otros*, párr. 149). Asimismo, se ha determinado responsabilidad estatal por la realización de detenciones arbitrarias ante la falta de indicios para suponer la autoría de algún delito (Corte IDH, caso *Tibi vs. Ecuador*, párr. 107), y frente a regulaciones que contemplan la privación de la libertad obligatoria durante la etapa de instrucción del proceso (CIDH, Informe 76/11, asunto 11.769 A, J. vs. Perú, párr. 233).

*Sofía Galván Puente*  
*James Cavallaro*

### 494. DETENCIÓN COLECTIVA

De la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se desprende que pueden presentarse dos tipos de detenciones colectivas o masivas, es decir, aquellas que resultan acordes con las protecciones derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y las que constituyen detenciones legales y arbitrarias (véase Corte IDH, caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, sentencia de 21 de septiembre de 2006, núm. 152, párrs. 91-96).

En este sentido, en relación con el primer tipo de detenciones masivas o colectivas, la Corte ha señalado que estas pueden representar un mecanismo para garantizar la seguridad ciudadana, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos: *a)* existencia de elementos para individualizar y separar las conductas de cada una de las personas detenidas; *b)* regulación de causas de detención en normas internas que resulten acordes con la Convención, y *c)* control de las detenciones por parte de la autoridad judicial (*ibidem*, párr. 92).

Por otra parte, la Corte sostiene que una detención masiva constituye una de naturaleza arbitraria e ilegal cuando se configura alguno de los siguientes supuestos: *a)* falta de causa legal; *b)* ausencia de individualización de conductas punibles; *c)* realización bajo la mera “suposición” de que las personas detenidas “podrían representar un riesgo o peligro a la seguridad de los demás” (*ibidem*, párr. 93), y *d)* al carecer —salvo en casos de flagrancia— de control judicial (*ibidem*, párrs. 93 y 96). Por su parte, en el contexto de las detenciones

masivas e indiscriminadas en protestas sociales en Nicaragua durante 2018, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) determinó que “una detención que se base exclusivamente en el acto de participar en una protesta o manifestación pública es en sí misma arbitraria e incompatible con las obligaciones internacionales del Estado” (CIDH, Informe sobre las graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua, 21 de junio de 2018, párr. 182).

Sobre la violación particular de derechos que produce la realización de detenciones masivas en contraposición a estándares en la materia, la Corte ha indicado que este tipo de detenciones vulneran la presunción de inocencia y la libertad personal, además de transformar a la prisión preventiva en un mecanismo discriminatorio (Corte IDH, caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, párr. 96 y caso *Bulacio vs. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003, núm. 100, párr. 157). Considerando lo anterior, tanto la Corte como la CIDH han llamado a los Estados a abstenerse de incurrir en tales prácticas (Corte IDH, caso *Servellón García y otros*, párr. 96; CIDH, *cit.*, párr. 182; CIDH, Informe Anual 2015, párr. 121).

*Sofía Galván Puente  
James Cavallaro*

#### 495. DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

Aparentemente el diálogo jurisprudencial es una de las más recientes realidades que caracterizan las relaciones entre ordenamientos jurídicos diversos y respectivas jurisprudencias. Según una opinión frecuente, se habría producido un intenso cambio interesante de las relaciones entre diversas cortes estatales y entre cortes estatales y cortes internacionales. Este entramado de jurisprudencias vería inevitablemente la utilización del derecho extranjero por parte de los jueces estatales y el recurso a la comparación tanto por parte de los jueces estatales como de aquellos internacionales.

La superación de las barreras ideológicas después del fin de la contraposición entre el bloque occidental y el bloque soviético ha permitido el acercamiento de las elecciones constitucionales de numerosos ordenamientos a aquellas propias de los Estados de consolidada democracia liberal, y ha facilitado la creación de un *espacio cultural común* que impulsa a la recíproca homologación de las jurisprudencias constitucionales e internacionales.

El diálogo resulta creíble sobre todo en el sector de la tutela de los derechos humanos, donde subsisten aquellos presupuestos de uniformidad que podrían asegurar el diálogo mismo en cuanto cada Estado está obligado a observar la Declaración Universal y las distintas cartas de derechos adoptadas a nivel regional en los diversos continentes. Pero esta uniformidad de tutela entre Constituciones y convenciones sobre los derechos a menudo resulta, en realidad, meramente aparente si se pasa de la declaración formal a la práctica actuación de los principios.

Hay que constatar que las hipótesis de diálogo no tienen absolutamente una perspectiva universal, pero necesariamente resultan exclusivamente circunscritas a los ordenamientos de inspiración liberal a prescindir de su colocación espacial en diversos continentes.

Los estudios desarrollados sobre el tema muestran que el diálogo se presenta sensiblemente diverso según si se desarrolla en el ámbito de las relacio-

nes entre cortes de un ordenamiento internacional regional (Unión Europea, Consejo de Europa, Pacto de San José) y cortes estatales incluidas en este o entre cortes estatales.

En un ordenamiento internacional regional es oportuno investigar el necesario equilibrio entre competencias de intervención confiadas a los órganos de la entidad interestatal de nueva constitución, basada sobre una convención, y órganos de los Estados miembros, basados sobre una Constitución. Al adoptar sus propios pronunciamientos, una corte internacional debe tener en cuenta las atribuciones residuales de los órganos estatales, y las cortes estatales deben tener cuenta de cuánto ha sido devoluto a los órganos de la comunidad internacional. Se establecen inevitablemente nexos entre los dos niveles de jueces. Existe, entonces, una verdadera *interacción* entre cortes confirmada por la experiencia de las cortes de Luxemburgo, Estrasburgo y por la Corte Interamericana. Los tratados, las jurisprudencias y las prácticas ponen en relieve de los instrumentos a través de los cuales la interacción se manifiesta con el fin de asegurar un aceptable nivel de compatibilidad entre los dos niveles.

En primer lugar, es norma general que los Estados y las respectivas jurisdicciones deben observar el derecho de los tratados y también la jurisprudencia de las cortes internacionales. Este vínculo de adecuación sucesiva es pretendido por las cortes internacionales y asegurado por aquella estatal, llegando a imponer, cuando es necesario, modificaciones legislativas y, a veces, constitucionales de adecuación. Además, las cortes estatales deben asegurar una interpretación del derecho estatal conforme al derecho convencional y efectuar un control de convencionalidad para garantizar la correspondencia de la normatividad interna con los vínculos asumidos con la convención. En algunos casos está expresamente previsto un reenvío prejudicial de la corte estatal a aquella internacional para asegurar, en vía preventiva, que el juez estatal decida teniendo en cuenta el correcto modo de leer la fuente convencional y las normas que le dan ejecución a nivel internacional, siguiendo los principios establecidos por el juez internacional. En general, las relaciones entre los dos niveles de jueces se inspiran en un principio colaborativo que muestra una *recíproca deferencia*: se tiene cuidado en salvaguardar los propios recíprocos, principios fundamentales de referencia (la convención y la Constitución), como demuestra la famosa historia de los denominados contralímites progresivamente absorbidos por su inclusión en los más recientes tratados en el caso de las relaciones entre cortes de justicia y cortes constitucionales estatales. Pero también en el ámbito del Convenio Europeo encontramos útiles ejemplos de colaboración, como demuestra el reconocimiento por parte de la Corte de Estrasburgo del principio del margen de apreciación nacional.

Mientras en las relaciones entre corte convencional y cortes estatales se puede especificar un principio fundamental de colaboración, que implica una constante *interacción* que permite hablar de diálogo, asimismo no puede afirmarse para las relaciones entre cortes estatales del mismo nivel. Aquí es posible únicamente individualizar la presencia de una *influencia* ejercitada por parte de la jurisprudencia de cortes dotadas de particular prestigio sobre aquella de otras cortes, el que siempre se ha dado por la natural sugestión ejercitada por los sistemas jurídicos que se presentan como modelos dignos de imitación. En similares casos se manifiesta una influencia unidireccional, faltando

aquella interacción que es la esencia del diálogo. Además, es también natural que en ordenamientos que compartan los valores constitucionales liberales se produzca una objetiva *convergencia* entre jurisprudencias que hacen resaltar la homogeneidad de ordenamientos jurisprudenciales sobre temas comunes, como la tutela ambiental, y sobre numerosas cuestiones éticamente sensibles, como los símbolos religiosos, el aborto, el final de la vida, el régimen de las parejas homosexuales y similares.

Es interesante concluir resaltando que se presentan casos en los que el diálogo se rechaza. Y esto puede suceder por diversas razones: o porque las cortes consideran que la perfección, la autosuficiencia y finitud del propio ordenamiento no tiene necesidad de hacer referencia a contribuciones derivadas de otros ordenamientos, como en el caso de la dirección de la Corte Suprema de Estados Unidos, o porque la recepción de los principios liberales se ha vivido como impuesta del exterior, como en el caso de la imposición del Convenio Europeo con los Acuerdos de Dayton, y por ello es comprensible el rechazo de la Corte Constitucional de la República Serbia de Bosnia de adecuarse al pronunciamiento de la Corte Constitucional bosniana en temas de símbolos de su identidad. Pero también algunos sistemas abiertos a las contribuciones externas son a veces muy prudentes a la hora de basarse en jurisprudencia extranjera. La misma Corte Constitucional Sudafricana, que es el caso más notable de apertura a la jurisprudencia externa, ha dado demostración en algunos casos de rechazar la contribución de cortes extranjeras. El rechazo del diálogo concierne también la relación de las cortes constitucionales y de las cortes supremas con la jurisprudencia internacional. También jueces que son orientados a emplear la jurisprudencia de las cortes internacionales pueden en ciertos casos oponerse a ello. La Corte de Casación italiana es desde hace años una fiel ejecutora de la jurisprudencia de Estrasburgo, pero a veces se ha negado a observar sin reservas la misma, como cuando no ha aceptado el modo en el que la Corte de Estrasburgo pretende valorar el paso del tiempo para verificar si ha habido vulneración del artículo 6 del Convenio Europeo.

*Giuseppe de Vergottini*  
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

#### 496. DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL COEVOLUTIVO

En biología, coevolución es el cambio de uno o más seres vivos provocado por el cambio de otro organismo con el que mantienen algún tipo de interacción recíproca, que puede ser mutualista, competitiva o antagónica. En el caso de interacciones competitivas y antagónicas, la coevolución en el largo plazo tiende a la separación de los organismos, mientras que en interacciones mutualistas la tendencia es su vinculación permanente. Son ejemplos de coevolución las adaptaciones generadas por interacciones antagónicas entre depredador y presa, o las producidas por interacciones mutualistas entre plantas y polinizadores.

El concepto se ha aplicado como metáfora de análisis de procesos interdependientes que se desarrollan en forma análoga a la coevolución biológica en diversos campos, desde la sociología y la política económica hasta la astronomía y la informática. En el ámbito jurídico, la metáfora evolutiva se asocia a debates hermenéuticos entre originalistas y no originalistas, que caracterizan

a la Constitución o los tratados internacionales como “instrumentos vivos”, por oposición a una interpretación restringida a la intención o significado original de los textos. Este debate es especialmente relevante respecto de prácticas condenadas en el presente que eran ampliamente permitidas en el pasado (*v. gr.* la discriminación por la orientación sexual), y tiene implicaciones importantes en torno al papel de los jueces en regímenes democráticos. En Estados Unidos, el debate se asocia a la expresión “living Constitution”; en *Missouri v. Holland* 252 U.S. 416 (1920), Holmes describe a la Constitución como un “organismo” cuyo desarrollo posterior no podía ser previsto del todo por los padres fundadores, y en consecuencia, la Constitución debía interpretarse a la luz de la realidad social presente y no de la imperante cien años atrás. Este criterio hermenéutico de interpretación evolutiva fue adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Tyrer v. Reino Unido* (sentencia de abril 25 de 1978, serie A, núm. 26, párr. 31), donde la Corte sostuvo que la Convención Europea de Derechos Humanos es un “instrumento vivo” que “debe ser interpretado a la luz de las condiciones presentes”. Por su parte, en la Opinión Consultiva 16/1999, la Corte Interamericana de Derechos Humanos acogió este criterio tomando como referencia el caso *Tyrer*, sosteniendo que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. Adicionalmente, la Corte Interamericana vinculó este criterio hermenéutico a la noción de *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, basándose en la Opinión Consultiva de junio 21 de 1971 de la Corte Internacional de Justicia, donde se estableció que todo 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”. De este modo, la Corte consideró que en la interpretación de tratados interamericanos debía examinar “la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”, lo que significa que la interpretación evolutiva no solo implica considerar las condiciones sociales actuales, sino además incorporar los estándares universales del sistema de Naciones Unidas, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño o la Convención 169 de la OIT. Por ello, la jurisprudencia interamericana no se desarrolla autárquica y aisladamente, sino que evoluciona en interacción mutualista con el sistema universal.

Esta dinámica coevolutiva no solo se predica entre el nivel interamericano y el universal, sino también entre el nivel interamericano y las jurisdicciones nacionales. Durante las primeras décadas de funcionamiento del sistema interamericano, la Corte Interamericana emitía órdenes genéricas a los Estados como un todo y defendía el principio de interpretación autónoma, reconociendo escaso margen de apreciación a las cortes nacionales. A finales de los años noventa, la Corte instauró un modelo de relacionamiento directo con órganos estatales concretos, incluyendo el legislador y los jueces nacionales. Esto propició el desarrollo de diálogos directos y policéntricos entre cortes nacionales y la Corte Interamericana (*cf.* diálogo policéntrico). Desde el caso *Almonacid Arellano et al. vs. Chile* (2006), que introdujo la doctrina del control de convencionalidad, los jueces nacionales deben verificar la compatibilidad entre las normas nacionales aplicables al caso concreto y la normatividad in-

teramericana, teniendo en cuenta la interpretación que de estas normas haya realizado la Corte Interamericana; esto ha incentivado la adopción de estándares interamericanos en la jurisprudencia constitucional nacional. Adicionalmente, la Corte Interamericana ha reiterado la aplicación del principio *pro homine* cuando los estándares nacionales sean más garantistas que los estándares interamericanos, y en casos como *Castañeda Gutman vs México* (2008), *Manuel Cepeda vs. Colombia* (2010), y *Sarayaku vs. Ecuador* (2012) ha mostrado cierta deferencia hacia estándares nacionales de derechos humanos, abriendo espacios de reciprocidad e influencia mutua entre las cortes del sistema.

Este modelo de diálogos coevolutivos entre las cortes nacionales y la Corte Interamericana contrasta abiertamente con la tradicional solución monista internacionalista —que resuelve los conflictos de interpretación entre órdenes concediendo mayor jerarquía a la corte internacional y restringiendo el margen nacional de apreciación— y con la solución dualista —que otorga prevalencia a la corte nacional y condiciona la eficacia de la jurisprudencia internacional a su recepción interna—. El modelo coevolutivo concibe a estas cortes como actores interdependientes cuyas posturas se influyen recíprocamente, lo que puede derivar en una confluencia de interpretaciones similares o mutuamente compatibles dentro del sistema en conjunto si las interacciones son mutualistas y cooperativas; sin embargo, las interacciones también pueden ser competitivas o antagónicas y producir divergencias interpretativas debido al carácter policéntrico de los diálogos, ya que todas las cortes involucradas pueden ser origen de estándares normativos garantistas y a que el rol de la Corte Interamericana se asimila al de un *primus inter pares*. Desde este enfoque, el sistema interamericano se concibe como un sistema judicial multinivel de alcance regional que integra como propios tanto el nivel nacional de protección de derechos humanos como los estándares normativos de aplicación universal del sistema de las Naciones Unidas.

*Manuel Eduardo Góngora-Mera*

#### 497. DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL POLICÉNTRICO

La palabra “diálogo” proviene del vocablo griego *dialogos* (διάλογος), que significa a la vez “discusión” y “conversación”. El término fue utilizado primero por los sofistas como técnica de argumentación para la indagación de nuevos conceptos a través de la deliberación entre dos o más personas en igualdad de condiciones y conjuntamente responsables del resultado del diálogo. Esta concepción interdependiente y no jerarquizada del intercambio de ideas fue recogida por Platón en sus *Diálogos socráticos* y se caracteriza por la promoción del razonamiento individual, el respeto mutuo y el reconocimiento de los mejores argumentos.

En el ámbito jurídico, el vocablo “diálogo” se ha empleado de manera imprecisa en la doctrina contemporánea para describir una gran variedad de citaciones de jurisprudencia de cortes no nacionales como ejercicio de derecho comparado, legitimadas por la autoridad persuasiva derivada de la sofisticación teórico-argumentativa o el reconocimiento internacional de la corte extranjera. En sentido estricto, el concepto de diálogo se ha utilizado como metáfora de análisis de formas de interacción transnacional entre jueces en situaciones de pluralismo constitucional, en las que los jueces pertenecen a una misma comunidad de derecho e interpretan normas comunes, y no hay una

última instancia que centralice jerárquicamente la solución de controversias, sino tantos centros como jurisdicciones involucradas; por ejemplo, tribunales nacionales y regionales en el marco de sistemas regionales de derechos humanos y de sistemas de integración supranacional como la Unión Europea. En este contexto, las citas a la jurisprudencia de cortes de países vecinos no se sustentan necesariamente en la autoridad o reconocimiento internacional de la corte referenciada, sino que usualmente exploran cómo ha sido resuelto un problema jurídico bajo normas de interpretación común. Adicionalmente, la corte regional generalmente no se percibe a nivel nacional como una corte “extranjera”, sino que se le concede a su jurisprudencia una autoridad con relevancia diferenciada. En el caso del sistema interamericano de derechos humanos, el diálogo se fundamenta en los principios de interpretación conforme, *pro homine* y el principio de interacción, según el cual todo juez nacional o internacional que interprete derechos humanos debe considerar tanto el derecho nacional como el derecho internacional válidamente incorporado al orden jurídico respectivo; por lo tanto, el juez no puede conformarse con estándares mínimos fijados en su respectiva jurisdicción, sino que debe aplicar el estándar más favorable a la persona, sea este de fuente interna o internacional. Estos principios son reforzados por la doctrina interamericana del control de convencionalidad, y en algunos países, por la doctrina del bloque de constitucionalidad. “Diálogo”, en sentido estricto, se define entonces como la interacción transnacional entre jueces que pertenecen a un sistema judicial regional, en torno a criterios jurisprudenciales y estándares decisorios sobre temas sustantivos de derechos humanos y obligaciones correlativas estatales. Por ello, no toda citación de la jurisprudencia de otra corte puede calificarse como “diálogo” en sentido estricto.

En la doctrina se han propuesto diversas tipologías de diálogos, según las funciones que estos cumplen, los órdenes jurídicos de las cortes que intervienen, el grado de reciprocidad manifestado por las cortes involucradas, o el alcance de los diálogos. Bajo un modelo coevolutivo de relacionamiento entre las cortes nacionales y la Corte Interamericana (*cf.* diálogo coevolutivo), el diálogo se caracteriza por relaciones no jerárquicas de respeto mutuo, basadas en la interdependencia y reciprocidad entre cortes nacionales y la corte regional, en la que esta última asume un papel de *primus inter pares*. Por lo tanto, las interacciones entre las cortes del sistema pueden producirse en múltiples direcciones; un diálogo puede comenzar como una interacción entre dos cortes nacionales que puede luego derivar en una interacción con la Corte Interamericana; o una interacción entre la Corte Interamericana y una corte nacional puede recibir también influencias de otras cortes nacionales. Bajo este modelo de relacionamiento entre cortes del sistema, resulta significativo emplear una tipología que distinga el alcance y efectos del diálogo; esto es, si se trata solamente de una interacción bilateral con efectos limitados a las partes involucradas, o si genera una respuesta multilateral que pueda considerarse como una deliberación de alcance regional con efectos convergentes o divergentes predicables frente al conjunto. En este sentido, se distingue entre diálogos directos y diálogos policéntricos. El diálogo directo es toda interacción entre dos cortes de un sistema regional, en la que la comunicación iniciada por una corte es respondida por la otra. En el sistema interamericano, estas interacciones se han desarrollado progresivamente como producto del

enfoque de relacionamiento directo de la Corte Interamericana con instituciones nacionales singularizadas, especialmente a través de órdenes de reparación y del mecanismo de supervisión de cumplimiento de sentencias. En tales eventos, la interacción se produce porque ya hay de por medio una sentencia de fondo y reparaciones en contra de un Estado en la que los jueces nacionales pueden tener un papel, como declarar la inconstitucionalidad de una norma interna que viola la Convención Americana, facilitar la apertura de una investigación judicial, o efectuar un cambio de jurisprudencia. En estos casos, el diálogo directo usualmente se relaciona con la implementación de la sentencia específica a nivel interno. Por su parte, los diálogos policéntricos se definen como interacciones entre diferentes cortes del sistema sobre el alcance o contenido de derechos humanos y obligaciones correlativas estatales, a través de las cuales se diseminan estándares normativos entre el nivel nacional y el interamericano o de un sistema jurídico nacional a otro. Si bien pueden surgir a partir de un diálogo directo entre la Corte Interamericana y una corte nacional cuando otros tribunales se pronuncian sobre el mismo problema jurídico, no se requiere necesariamente una resolución de la Corte Interamericana contra el país o los países respectivos que discuten el estándar. El adjetivo “policéntrico” contrasta el modelo coevolutivo de relacionamiento entre cortes con modelos jerarquizados. Por ejemplo, a nivel nacional, los órganos judiciales tienen una estructura jerarquizada y están subordinados en mayor o menor grado a un único centro, que es usualmente una alta corte con funciones de control constitucional, ya que generalmente los jueces inferiores deben interpretar las normas de conformidad con la interpretación de la alta corte. En comparación, en el sistema interamericano la relación entre la Corte Interamericana y las cortes constitucionales nacionales no es jerárquica ni subordinada. La prevalencia no está preestablecida por la naturaleza de la corte que interpreta, sino que se define según el alcance de la interpretación, y por lo tanto, todas estas cortes son potenciales fuentes de estándares normativos que terminen imponiéndose en el sistema en conjunto al ofrecer una protección más amplia de los derechos humanos.

En el sistema interamericano se han producido diálogos policéntricos en una gran variedad de temas, como la legislación antiterrorista y la jurisdicción militar, la desaparición forzada, los límites de la cosa juzgada, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, las autoamnistías, la pena de muerte, la adecuada tipificación penal, el debido proceso, los derechos políticos, la libertad de expresión, y los derechos de sujetos específicos como la mujer, los pueblos indígenas y afrodescendientes, las víctimas, la población carcelaria y los migrantes.

*Manuel Eduardo Góngora-Mera*

#### 498. *DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN*

El origen de los órganos oficiales de publicación de disposiciones normativas se encuentra en los heraldos y pregoneros de épocas remotas, así como en los bandos y gacetas de etapas históricas más recientes gracias a la invención por Gutenberg de la tipografía en 1450, una vez llegada la imprenta a la Nueva España en 1539. La función de las publicaciones oficiales, impresas, y sobre todo ahora también electrónicas, es básica para el conocimiento de tales disposiciones por parte de los sujetos obligados por las mismas.

A partir de 1666 aparecieron las primeras gacetas en la Nueva España, pero no fue hasta 1682 cuando estos impresos consignaron su fecha respectiva, según se consigna en la *Crónica del Diario Oficial de la Federación*, publicada por la Secretaría de Gobernación (México, primera edición, 1988). Durante el gobierno virreinal, el 2 de enero de 1810 se publicó el primer número de la *Gazeta del Gobierno de México*, cuya redacción estaba a cargo de don Juan López de Cancelada, y de don Alejandro Valdés la impresión, hasta el 29 de septiembre de 1821, en que apareció el último número. Cuatro días después, bajo el gobierno de Agustín de Iturbide, el mismo impresor inició la publicación de la *Gaceta Imperial de México* al año siguiente, denominada *Gaceta del Gobierno Imperial de México*. Más tarde, en la *Gaceta del Gobierno Supremo de México* se publicaron los principales despachos del Poder Ejecutivo a cargo de Nicolás Bravo, Guadalupe Victoria y Celestino Negrete, triunvirato que se hizo cargo de un Ejecutivo colegiado a la caída de Iturbide. Las diversas denominaciones que adoptó la publicación oficial en los años subsiguientes da noticia de las turbulencias políticas de la época: *Gaceta del Supremo Gobierno de la Federación Mexicana*, *Registro Oficial del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, *Diario del Gobierno de la República Mexicana*, *Diario Oficial del Gobierno Mexicano*, *Diario del Gobierno de la República Mexicana*, *El Correo Nacional*, *El Constitucional*, *Periódico oficial*, *Diario del Imperio*, entre otras. Las Constituciones de 1814 (arts. 128 a 131), 1824 (110, fracción 1a.), 1836 (39 a 42) y 1843 (65 y 87, f. I) establecieron el fundamento de las publicaciones oficiales, no así la de 1857, cuyo art. 71 fue reformado el 13 de noviembre de 1874 para establecer la obligación del Ejecutivo federal de publicar las leyes si no tuviere observaciones que hacer; si bien el artículo 85, f. I, estableció originalmente la facultad y obligación del presidente de “Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia”, que pasó tal cual a la Constitución de 1917, pues esta, a pesar de sus cambios trascendentales, formalmente solo fue una reforma de aquella.

El art. 89, f. I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) vigente recupera dicha la facultad y obligación del presidente de la República de promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión. Por su parte, el art. 72, inciso B, establece que se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto de ley o decreto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen dentro de los treinta días naturales siguientes a su recepción; vencido este plazo, el Ejecutivo dispondrá de diez días naturales para promulgar y publicar la ley o decreto. Transcurrido este segundo plazo, según reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, del 17 de agosto de 2011, para anular el llamado *veto de bolsillo* presidencial, la ley o decreto será considerado promulgado, y el presidente de la Cámara de origen ordenará dentro de los diez días naturales siguientes su publicación en el *DOF*, sin que se requiera refrendo. La Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, por su parte, ordena en su art. primero transitorio su publicación en el *DOF*, sin que esto haya requerido de la promulgación o autorización del Ejecutivo Federal; caso que no es único, pues lo mismo sucede con la publicación de los demás ordenamientos interiores de ambas Cámaras del Congreso, del Poder Judicial de la Federación y de los órganos constitucionales autónomos. El Reglamento Interior de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal (*DOF* del 15 de mayo de 2009),

señala la atribución del Consejero de enviar a la Secretaría de Gobernación los instrumentos jurídicos expedidos por el presidente de la República que deban publicarse en el *DOF*.

El *DOF* es el órgano del Poder Ejecutivo Federal de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo de la Secretaría de Gobernación, de carácter permanente e interés público, cuya función consiste en publicar en el territorio nacional, de manera impresa y electrónica, los tratados internacionales, leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, circulares, órdenes y demás actos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y las leyes ordenan que sean publicados por este medio, expedidos en sus respectivos ámbitos de competencia por los poderes, órganos constitucionales autónomos, dependencias, entidades y demás entes públicos del orden federal de gobierno, a fin de que los mismos sean aplicados y observados con certeza y seguridad respecto de su contenido literal. También pueden ser publicados aquellos actos o resoluciones que por su propia importancia así lo determine el presidente de la República, así como las *fe de erratas* que la autoridad estime necesarias. El *DOF* podrá ser publicado todos los días del año, y, en caso necesario, podrá haber más de una edición por día; solo el formato impreso se distribuye para su venta al público.

Originalmente la regulación en legislación secundaria de publicar las disposiciones de observancia general para que obliguen y surtan sus efectos solo se encontraba en el art. 3o. del Código Civil de 1928, hoy Código Civil Federal, así como en los respectivos códigos civiles de los estados de la República, conforme a lo establecido en sus respectivas constituciones locales. La Ley del Diario Oficial de la Federación y Gacetas Gubernamentales, publicada en el *DOF* del 24 de diciembre de 1986, reglamenta la publicación de este y establece las bases generales para la publicación de gacetas gubernamentales sectoriales que hasta la fecha no han sido necesarias. La fracción III del art. 27 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece la atribución de la Secretaría de Gobernación de administrar el *DOF*, y, en su fracción siguiente, la de compilar y sistematizar los tratados internacionales, leyes y demás disposiciones federales, estatales y municipales, así como establecer el banco de datos correspondiente para proporcionar esta información a través de los sistemas electrónicos de datos, función a cargo de otra unidad administrativa de la propia dependencia.

El Código Civil Federal, en su art. 21, establece que “la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento”; una disposición semejante se encuentra en los códigos civiles de las entidades federativas. De ahí la necesidad no solo de publicar y compilar, sino de difundir y divulgar las disposiciones del orden jurídico nacional, publicado en los diarios, periódicos, gacetas y boletines oficiales de la República, a la población en general.

En las entidades federativas de la República las publicaciones oficiales respectivas tienen su fundamento, además, en leyes o reglamentos locales, para los mismos efectos de certeza y seguridad. La falta de una regulación expresa y puntual, así como la penuria económica de un gran número de gobiernos municipales, explica la falta de publicación oficial de sus respectivas disposiciones normativas por la mayor parte de ellos en perjuicio de sus gobernados. Para el gobierno local del Distrito Federal, las disposiciones respectivas tienen su fundamento en el Estatuto de Gobierno (arts. 49 y 67, frac. I); las leyes y

decretos expedidos por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal se publican en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* y en el *DOF*.

La única reforma hasta la fecha a la Ley del *DOF* fue publicada el 5 de junio de 2012, e introdujo las siguientes innovaciones: reconoce la validez jurídica de la edición electrónica; señala la manera en qué se difundirá; garantiza su autenticidad, integridad e inalterabilidad mediante la firma electrónica avanzada; su acceso universal y gratuito a través de las redes abiertas de telecomunicación; finalmente, autoriza las publicaciones extraordinarias del *DOF* y las *fe de erratas*.

En 2012, en el alcázar del castillo de Chapultepec en la ciudad de México, y bajo el auspicio de la Secretaría de Gobernación, se constituyó la Red de Publicaciones Oficiales Mexicanas (Repomex), que agrupa a los directores de las mismas para efecto de intercambio de información y apoyo mutuo, más necesarios aun para el mejor aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información. Previamente, con el mismo propósito y bajo el auspicio de la Organización de Estados Americanos, se formó la Red de Boletines Oficiales Americanos (REBOA), a la cual pertenecen los países latinoamericanos, los Estados Unidos de América y el Reino de España; la presidencia de ambas redes es rotatoria entre los países o entidades miembros.

***Eduardo de Jesús Castellanos Hernández***

#### 499. DIGNIDAD HUMANA

Hay pocos conceptos tan centrales y luminosos para el derecho y, a la vez, tan oscuros, como el de dignidad. La literatura suele situar en el pensamiento de I. Kant la mejor fundamentación de la idea. Para el filósofo alemán, la dignidad significa que la persona debe ser considerada como fin y no como medio, lo que repudia todo intento de cosificación o instrumentalización del ser humano. A partir de la idea de la naturaleza racional del ser humano, Kant concluye que la autonomía de la voluntad, entendida como facultad de determinarse por sí mismo, es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana. “Los seres —escribe (134)— cuya existencia depende de la naturaleza y no de su voluntad tienen un valor relativo como medios y por eso se llaman cosas, mientras que los seres racionales se llaman personas”. De ahí que “en el reino de los fines, todo tiene un precio o una dignidad; cuando una cosa tiene un precio, puede ofrecerse en vez de ella otra como equivalente; pero cuando una cosa está por encima de todo precio, y por tanto, no permite equivalente, entonces tiene dignidad” (140).

Esta brillante construcción kantiana, relativizadas sus limitaciones y situadas en su contexto histórico (Kant, por ejemplo, no concede autonomía moral a quienes “naturalmente” no lo tenían: las mujeres y los niños, así como a quienes carecían de ella por razones sociales: los no propietarios), no halla, sin embargo, reconocimiento jurídico en el primer liberalismo, a comienzos del siglo XIX. El debut histórico del reconocimiento jurídico de la dignidad se produce más tarde como reacción a los terribles abusos del totalitarismo nazi tras la II Guerra Mundial. No es casual que los primeros textos que la mencionen sean, precisamente, el alemán y los documentos principales del nuevo orden internacional que surge tras la guerra. Pero esta idea inicial de dignidad como ámbito personal e incluso físico de respeto se irá enriqueciendo con nuevas dimensiones, como, destacadamente, la social: la dignidad de la persona im-

plica, en este sentido, la posibilidad de desarrollar autónomamente la propia existencia, lo cual requiere que cada persona disfrute de ciertas condiciones sociales y económicas.

Todos los derechos fundamentales son concreciones o manifestaciones del reconocimiento jurídico de la dignidad, de modo que esta, que es el ADN o código genético de aquellos, les confiere unidad de sentido, de valor y de concordancia práctica. Cumple, en concreto, dos relevantes funciones: hermenéutica (a su luz deben interpretarse los derechos positivados en el texto constitucional; en algunos ordenamientos, como el mexicano, se denomina también principio *pro persona*) e integradora (puede operar para descubrir nuevas dimensiones de derechos ya reconocidos, o incluso para abrir el reconocimiento de “nuevos” derechos fundamentales).

No cabe ignorar, sin embargo, que el concepto de dignidad es lável y potencialmente peligroso: puede darse la tentación *fundamentalista* de recurrir a ella “para elevar cualesquiera conflictos políticos a la categoría de cuestiones constitucionales no susceptibles de valoración ponderada” (I. Gutiérrez, 33). De “yacimiento de recursos verbales para el arbitrio judicial” habla J. Jiménez Campo (178). La construcción jurídica del concepto se ve rodeada de tres dificultades específicas. (1<sup>a</sup>) Es una idea axiológicamente abierta que debe compaginarse con la diversidad de valores y el pluralismo que se manifiestan en las complejas y multiéticas sociedades democráticas contemporáneas. De modo que se trata de una cláusula afectada de una “profunda ambigüedad” en relación con sus usos jurídicos concretos. Puede tener una fuerte carga emancipatoria (por ejemplo, reforzando la dimensión social de los derechos, en el caso del descubrimiento del derecho a un mínimo existencial a favor de las personas sin recursos), pero, al mismo tiempo, puede ser empleada, con formulaciones apodicticas e ideológicamente interesadas, o simplemente elevando a categoría universal, lo que no es más que una tradición o una inercia, para imponer restricciones de los derechos de libertad de individuos concretos (estableciendo una subrepticia imposición de modelos de valores dominantes que coarten el pluralismo y la diversidad). La definición de la dignidad debe hacerse de modo compatible con una Constitución que es, desde el punto de vista valorativo, plural ideológicamente. Y es que los valores en nuestras sociedades multiéticas juegan como la reina en el juego del ajedrez: hacia todas las direcciones. La idea jurídica de dignidad puede convertirse en simple ideología judicial (conservadora o progresista) con disfraz. En el campo de la bioética, las alusiones a la dignidad humana, que son frecuentes en el debate, son, sin embargo, particularmente problemáticas. No es pacífico qué se entiende por “persona” (muchos tribunales han concluido, por ejemplo, que el feto humano no lo es en términos jurídicos, pero todo esto suscita un vivo debate). Un ejemplo: en el debate sobre la legalización de la eutanasia, la dignidad se alega para justificar su prohibición, ya que su práctica constituye por sí misma un atentado a la dignidad, ya que elimina al sujeto que es soporte de esa dignidad; pero también para fundamentar la validez de la eutanasia, porque formaría parte de la dignidad el derecho a elegir el momento, lugar y modo de la propia muerte frente a terceros como una opción a respetar por formar parte del plan de vida querido por la propia persona.

(2<sup>a</sup>) La idea de dignidad también se encuentra abierta no solo en su contenido, sino también en el tiempo. Se trata de un concepto en permanente esta-

do de construcción. Lo que una sociedad considera “digno” e “indigno” muta en el tiempo. Es un absoluto que debe concretarse histórico-culturalmente. Lo que ayer era un tipo penal hoy puede considerarse ejercicio de un derecho fundamental (piénsese, por ejemplo, en la homosexualidad: la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México del 16 de agosto de 2010, sobre adopción de menores por parejas homosexuales, claramente conecta la homosexualidad con el proyecto de vida y, en consecuencia, con la dignidad de la persona).

(3<sup>a</sup>) La dignidad, a diferencia de lo que ocurre con otros bienes constitucionales fundamentales, como la libertad, la igualdad, la intimidad, etc., no se cuida de aspectos más o menos particulares de la existencia humana, sino de la cualidad que se considera inherente a todo ser humano, de modo que es el valor propio que identifica genuinamente a todo ser humano como en cuanto tal. De ahí que se trate de un concepto demasiado radical o tajante como para ser empleado rápidamente en cualquier disputa jurídica sin cerrarla de inmediato a favor de cualquiera de las partes y en detrimento de las demás, sin posibilidad de ponderación o balance alguno.

No obstante, pese a estas dificultades teóricas, lo cierto es que el concepto de dignidad cumple relevantes funciones en todos los ordenamientos. Se trata, en efecto, de un concepto sólidamente establecido en el derecho internacional de los derechos humanos (a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos), así como en muchas Constituciones (a partir de la *Grundgesetz* alemana), que, en manos de los tribunales, es extraordinariamente fecundo para interpretar las disposiciones más conflictivas y novedosas de derechos fundamentales e, incluso, para permitir el reconocimiento de nuevos derechos o de nuevas dimensiones de derechos ya existentes. Cualquier observador atento podrá concluir que es un concepto jurídico realmente útil y no una simple promesa tan deseable como inútil, pura retórica. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha deducido de la cláusula constitucionalidad de la dignidad diversos efectos: el principio de la no instrumentalización o patrimonialización de la persona (entre otras cosas para impedir la venta de embriones humanos o de órganos humanos); el condicionamiento de la extradición al respeto por el Estado requirente de la dignidad; la conexión entre dignidad y principio de culpabilidad penal; la fijación legal de límites a la embargabilidad a fin de no sacrificar el mínimo vital del deudor; la conexión con la proporcionalidad entre el ilícito penal y su castigo, etc. De hecho, en sentido técnico, la igualdad no solo se considera un *valor* fundante, la finalidad última, el criterio de legitimidad de todo el derecho en un gran número de países, sino también un *principio* jurídico que, como mandato de optimización, permite ser empleado como criterio hermenéutico (casi siempre en relación con el criterio evolutivo de interpretación de los derechos) y como norma de integración de lagunas a falta de regla expresa aplicable. Más aún, la densificación jurídica del concepto llega a considerarlo en algunos ordenamientos, como, destacadamente, el alemán (pero también en muchos otros de Latinoamérica, casi siempre por creación judicial más que por reconocimiento expreso en la respectiva Constitución), como auténtico *derecho fundamental* inmediatamente aplicable y exigible judicialmente. La dignidad puede ser, desde el punto de vista jurídico, valor, principio y derecho fundamental.

Hasta donde se alcanza a quien esto escribe, la mejor sistematización judicial de qué sea la dignidad y qué funciones puede llegar a cumplir, desde el

punto de vista jurídico, la ha formulado la Corte Constitucional colombiana en su sentencia T-881/02, del 17 de octubre de 2002 (en relación con los derechos de las personas que vivían en una zona de Cartagena de Indias que se vieron privados de ciertos servicios públicos y del suministro eléctrico). En esta sentencia se define el objeto de la dignidad a partir de tres aspectos o elementos: (1º) La dignidad como autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital propio (*vivir como se quiera*). Esta dimensión evoca la idea kantiana de dignidad inicialmente mencionada, y conecta con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. (2º) La dignidad como exigencia de ciertas condiciones materiales concretas de la existencia (*vivir bien*). Esta idea de dignidad social, que está emparentada con el derecho a la igualdad real y efectiva, ha ido siendo acuñada, en origen, por la doctrina y jurisprudencia alemana e italiana, sobre todo, pero conoce un gran desarrollo en el constitucionalismo latino. (3º) La dignidad como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, de la integridad física y moral (*vivir sin humillaciones*). También desde este punto se conecta la idea de dignidad con el campo de la bioética y remite a las concepciones éticas y antropológicas subyacentes en cada momento.

A mi juicio, esta brillante sistematización de la Corte colombiana permite albergar la mayor parte de las dimensiones jurídicas del entendimiento contemporáneo de la dignidad en los diferentes ordenamientos. Así, por ejemplo, entre otros muchos ejemplos que podrían aducirse en causa, la idea de *dignidad como autonomía* ha permitido a la Corte Constitucional en Colombia hallar válida la despenalización del consumo de drogas (1994), ordenar la reasignación de sexo de un menor (1995) o eximir de responsabilidad penal al homicidio por piedad (1997); o a la Suprema Corte de Justicia de México, acuñar el derecho de la libre opción u orientación sexual (sentencia del 16 de agosto de 2010 en relación con la adopción de menores por parejas homosexuales); o al Tribunal Constitucional italiano considerar inválido que el legislador exija afiliación o vigile a las mujeres que ejercen la prostitución (1967) o que las autoridades actúen con desprecio respecto de los enfermos mentales en los manicomios (1968). Y, por otro lado, la idea de *dignidad social* ha permitido al Tribunal Constitucional alemán construir el conocido e influyente concepto del derecho al mínimo existencial; al Tribunal Constitucional italiano identificar un “núcleo irreductible del derecho a la salud protegido constitucionalmente” (STC 111/2001) o el derecho a la vivienda como derecho constitucional (STC 217/1988); o a la Corte Constitucional colombiana ordenar mejoras en prisiones (1992), acuñar el derecho a la pensión por parte de las personas mayores (1993) o, en muy diversas ocasiones, reconocer el derecho a todo tipo de prestaciones sanitarias.

**Fernando Rey**

## 500. DISCRIMINACIÓN

Discriminación es olvido, omisión, abandono, exclusión, ideología y cultura (Rincón Gallardo, Gilberto). Definitivamente, la discriminación es todo eso y mucho más, porque no hay que olvidar que no nacemos tolerantes; se nos educa para la tolerancia desde el hogar y desde la escuela, y si la educación no es la adecuada, lo que se produce es, precisamente, el efecto contrario: un desprecio a la dignidad de los seres humanos (Bornot Crébessac, Sophie).

A partir de esa premisa, la discriminación la sufrimos desde el momento en el que no hay igualdad de oportunidades; la sufrimos incluso en los trazos

urbanos, en los diseños arquitectónicos con sus barreras arquitectónicas, en el uso comercial de los avances de la tecnología, e incluso en el uso de los transportes.

En la vida cotidiana se despliegan una multiplicidad de actos de exclusión, actos discriminatorios a los que es difícil escapar, ya sea porque seamos mujeres, niños, ancianos, de una determinada étnia, estatus social, religión, nacionalidad o tengamos una preferencia sexual, por ejemplo. Por ello, por esa arbitrariedad injustificada e irrazonable, la lucha contra la discriminación se basa en la absoluta inviolabilidad de los derechos y dignidad de las personas. No obstante, hay que señalar que, en términos generales, discriminar significa separar o distinguir unas cosas de otras, un concepto que no necesariamente tiene una carga negativa.

El origen de la doctrina sobre discriminación que en nuestros días se está manejando, y más concretamente en Europa, es heredera del derecho antidiscriminatorio norteamericano (véase voz discriminación directa e indirecta).

Es importante destacar que hay una tendencia a señalar al principio de no discriminación como el opuesto a la igualdad, como obligación del Estado; no obstante, las normas internacionales no obligan al Estado a lograr una igualdad de trato hacia las personas.

A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cláusula de no discriminación se ha incluido prácticamente en todos los instrumentos universales de protección de los derechos humanos bien declarando la obligación de los Estados parte de un tratado solo a reconocer, garantizar o satisfacer los derechos y libertades reconocidos en el respectivo instrumento a todos sin discriminación o bien a través del establecimiento del principio general de no discriminación.

De esta manera, el primer Convenio que atiende esta definición se da en el Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) núm. 111 de la Organización del Trabajo de 1958, que establece que “A los efectos de este Convenio, el término ‘discriminación’ comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efectos anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”; posteriormente también la tenemos en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Asamblea General de Naciones Unidas (21 de diciembre de 1965) o en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

Tratando de recabar un número importante de “presentaciones” o “características” de la discriminación, podemos utilizar el último instrumento internacional enunciado, CEDAW, y así se estableció que la discriminación puede revestir distintas formas: distinción, exclusión o restricción, lo que alerta una variedad de los comportamientos discriminatorios. Asimismo, se determina que el acto discriminatorio es aquel que tenga “por objeto” o “por resultado” la violación de los derechos humanos de las mujeres; igualmente, se marca la discriminación tanto del acto discriminatorio consumado como de la tentativa a discriminar, incluso que el acto discriminatorio puede tener distintos grados, desde la parcial al “menoscar” o total al “anular”; por

último, desde la mencionada convención se determina que el acto discriminatorio puede producirse en distintas etapas en la existencia de un derecho: en el reconocimiento, el goce o el ejercicio.

Por otro lado, cabe señalar la diferencia entre discriminación legal, normativa o *de iure* y la discriminación de hecho o *de facto*.

Discriminación legal es aquella distinción basada sobre un factor prohibido que excluye, restringe o menoscaba el goce o el ejercicio de un derecho. De igual manera, esta discriminación legal se subdivide en discriminación directa —el factor prohibido es invocado explícitamente como motivo de distinción o exclusión e, inversamente, cuando se mite cumplir con obligación o medida de acción positiva impuesta legalmente— o discriminación indirecta —aquella que aunque pese a que el factor de distinción explícitamente empleado es aparentemente “neutro”, no existe una justificación objetiva para emplearlo en relación con la cuestión decidida, y el efecto o resultado de su empleo es el de excluir de manera desproporcionada a un grupo o colectivo— (Curtis, Christian).

Por lo que se refiere a la discriminación de hecho, esta se caracteriza por la ausencia de expresión de un criterio para excluir, restringir o menoscabar los derechos de los miembros de un grupo determinado con un factor consciente o inconsciente con un resultado que resulta en la exclusión de los miembros de un grupo (Palacios, Patricia).

*Nuria González Martín*

#### 501. DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES BASADA EN CONSIDERACIONES DE GÉNERO (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

Las mujeres han sufrido por años estas diversas manifestaciones de desigualdad en función de su pertenencia a este sexo y por la forma de construcción de las instituciones sociales, políticas y jurídicas, que se ha construido sobre la idea de una pretendida abstracción y neutralidad del sujeto y de una visión del mundo en forma de binarios jerarquizados, en las que lo masculino es superior a lo femenino.

Por lo expuesto, desde sus inicios el derecho internacional ha dado especial preocupación a la discriminación a las mujeres. Así dan cuenta los principales tratados internacionales y la aprobación, en 1979, de la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), en vigor desde 1981. Este Tratado contiene una definición de discriminación en el artículo 1, que señala: “la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o 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”. En relación con las esferas en las que puede darse la discriminación, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, órgano de vigilancia de este Tratado, ha sostenido en su recomendación general 12, de 6 de marzo de 1989, que se incluye la esfera familiar y también la laboral, lo cual constituye a la violencia intrafamiliar y las diversas formas que asume (p. ej., violencia sexual) y a los

abusos sexuales ocurridos en el lugar de trabajo como parte de las formas más graves de discriminación contra la mujer.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el principal texto vinculante —la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de 1969 y en vigor desde 1978— contiene una referencia en el artículo 1.1 a propósito de la obligación estatal de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos, así como garantizar su libre y pleno ejercicio “[...] sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, disposición vinculada al artículo 2 y al 24, que establece la igualdad ante la ley.

En 2013, la Organización de los Estados Americanos aprobó dos convenciones que adoptaron una definición de discriminación y conceptualizaron sus diversas formas, además de aumentar considerablemente el listado de motivos prohibidos de discriminación. Una de ellas es la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, la cual define la discriminación como cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados parte. Agrega que la discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

Esto no es más que la manifestación en texto positivo y expreso del principio de que los motivos específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la CADH, no constituye un listado taxativo o limitativo, sino meramente enunciativo, y que la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social”, que debe ser interpretada en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo (Corte IDH, caso *Atala Riffó y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, núm. 239, párr. 85).

En los desarrollos del Sistema Interamericano en materia de igualdad y no discriminación a favor de las mujeres, un momento importante se da en 2003, a propósito de la opinión consultiva (OC) 18/03, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En dicho instrumento, el órgano jurisdiccional señaló el carácter *ius cogens* de la igualdad entre seres humanos y de la prohibición de la discriminación, pero además introdujo el concepto de “género” en el listado de motivos prohibidos de discriminación, reemplazando a la expresión “sexo” contenida en los textos convencionales (OC-18/03, párrs. 83 y 101). Con este pronunciamiento vino a reforzar la relevancia de la discriminación que el SIDH ya había manifestado en pronunciamientos consultivos anteriores de la misma Corte. (OC-4/84, párrs. 55-59; y OC-17/02, párrs. 43, 55 y 95-98) Tales desarrollos fueron dotando

de contenido a las disposiciones principales en la materia dentro del Sistema Interamericano: los artículos 1, 2 y 24 de la CADH, de los cuales se desprenden obligaciones específicas para los Estados parte del sistema.

En ese contexto normativo y hermenéutico, la Corte IDH ha debido conocer casos de discriminación a mujeres y niñas en diversos contextos, lo cual le ha permitido profundizar más aún sus estándares sobre la prohibición de discriminación en razón del género.

Un criterio relevante en el desarrollo jurisprudencial se da a propósito del caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (sentencia de 16 de noviembre de 2009, núm. 205). Ante los graves hechos de violencia contra mujeres (incluidas niñas), el Tribunal considera que, en el caso, la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación. Declaró que el Estado violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la CADH, en relación con el deber de garantía de los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la misma, en perjuicio de las tres mujeres agredidas sexualmente y asesinadas. Además, al referirse a la obligación estatal de no discriminar y a la violencia contra la mujer como discriminación, reconoció la existencia una “cultura de discriminación” que influyó los homicidios de las mujeres en Ciudad Juárez, dando así gran relevancia al contexto para valorar los hechos y las pruebas (párrs. 391 y ss.).

En otros casos, también referidos a denuncias de discriminación contra mujeres, ha profundizado sus estándares atendiendo a situaciones determinadas, como la situación de niñas, mujeres lesbianas o los impactos desproporcionados de la discriminación indirecta en razón del género. En *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (sentencia de 8 de septiembre de 2005, núm. 130), la Corte reforzó la idea de que a las niñas debe concederse una protección especial por su carácter de tal, como derecho adicional y complementario, recordando que son especialmente graves los casos en los que las víctimas son niñas (párrs. 133 y 134).

En *Atala Riffo y niñas*, además de reforzar que el artículo 1.1 de la CADH es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del Tratado (párrs. 78 y 81), la Corte evaluó en forma estricta las razones alegadas por el Estado chileno para justificar la diferencia de trato recibida por Karen Atala por ser lesbiana, en el juicio de tuición respecto de sus hijas. El Tribunal concluyó que si bien se pretendió la protección del interés superior de las hijas de la señora Atala, no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que no se comprobó en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja del mismo sexo afectara de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, se utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que esta constituye un trato discriminatorio en contra de la señora Atala (párr. 146).

En *Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* (sentencia de 28 de noviembre de 2012, núm. 257), al condenar al Estado en relación con la prohibición de realizar tratamientos de fertilización *in vitro* y la discriminación indirecta de los hechos, la Corte consideró que si bien ello afecta a hombres y mujeres, tal prohibición puede producir impactos desproporcionados diferenciados en razón de estereotipos y prejuicios en la sociedad derivados del género (párrs. 294 y ss.).

Es importante resaltar que en el desarrollo de su jurisprudencia referida a discriminación contra mujeres (y en casos de violencia), la Corte IDH ha introducido el concepto de estereotipos de género, condenando su uso, especialmente por tribunales de justicia. En el caso “*Campo Algodonero*” señaló que se trata de una “pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”.

*Ximena A. Gauché Marchetti*

## 502. DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

El estudio del tema que abordamos ha estado vinculado al análisis de fondo de la Corte Interamericana sobre los derechos de las personas con discapacidad. Diferentemente de la discapacidad, el concepto de no discriminación está consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que es transversal a la protección de todos los derechos establecidos en el Tratado. Así, el artículo 1.1 del mismo establece que “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” En general, la Corte ha considerado que la discriminación contra personas con discapacidad se enmarca en el dispositivo de “cualquier otra condición social” y está, por tanto, protegida por la Convención.

Además, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad define la discriminación contra las personas con discapacidad como “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 1.2).

Cabe señalar que el primer fallo de la Corte Interamericana en la materia se dio en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* (sentencia de 4 de julio de 2006, núm. 149), en el cual un joven con trastornos psiquiátricos estuvo internado en una clínica particular y falleció a consecuencia de malos tratos. En dicha oportunidad, la Corte afirmó que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas necesarias (de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole) para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad (párr. 105). En razón de la vulnerabilidad intrínseca de las personas con discapacidades mentales y el alto grado de intimidad que caracteriza los tratamientos psiquiátricos, es necesario que los Estados ejerzan una estricta vigilancia sobre los establecimientos públicos o privados, a fin de prevenir actos de tortura u otros tratos crueles y degradantes (párr. 108).

Posteriormente, en *Furlan y familiares vs. Argentina* (sentencia de 31 de agosto de 2012, núm. 246), la Corte reiteró su conclusión sobre el deber de los Estados de adoptar medidas para eliminar la discriminación asociada a la discapacidad e integrar plenamente a esas personas a la sociedad, pero además resaltó que el debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar dichas formas de discriminación (párr. 135).

Para la Corte, el derecho a la igualdad y no discriminación abarca una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados (párr. 267). Lo anterior resulta en la necesidad de garantizar que los menores de edad y las personas con discapacidad disfruten de un verdadero acceso a la justicia y que sean beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses (párr. 268).

Al analizar la discriminación indirecta de personas con discapacidad en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (sentencia de 28 de noviembre de 2012, núm. 257), la Corte estableció la diferencia entre “distinciones de trato” (compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas) y discriminación (diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos). A continuación, la Corte definió a la discriminación indirecta como “una norma o práctica aparentemente neutra, [que] tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas”, y precisó que es “posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba” (párr. 286). En ese sentido, citando al Comité sobre las Personas con Discapacidad y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señaló que “una ley que se aplique con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique” y cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionadamente prejudicial en un grupo particular, esta puede ser considerada discriminatoria aun si no fue dirigido específicamente a ese grupo. Al considerar que la barrera impuesta al acceso a la técnica de fertilización *in vitro* (FIV) generaba un impacto diferenciado en las mujeres infértiles, la Corte reiteró la obligación de los Estados de incluir a las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad. En el caso concreto, la Corte concluyó que la prohibición de la FIV tuvo efectos discriminatorios tanto en virtud de la discapacidad de las víctimas, como también por su condición de mujeres y su situación económica.

El caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala* (sentencia de 29 de febrero de 2016, núm. 312) se refiere a una persona con discapacidad privada de la libertad, y la falta de adaptación del local de privación de libertad de acuerdo

con sus necesidades especiales. En lo que atañe a las personas con dificultades de movilidad física, la Corte afirmó el deber de los Estados de identificar los obstáculos y las barreras de acceso y, en consecuencia, proceder a eliminarlos o adecuarlos, asegurando con ello la accesibilidad de dichas personas a las instalaciones o servicios para que gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible (párr. 214). Concretamente, Guatemala tenía la obligación de garantizar accesibilidad a las personas con discapacidad que estuvieran privadas de libertad, de conformidad con el principio de no discriminación y con los elementos interrelacionados de la protección a la salud (disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad), incluida la realización de ajustes razonables necesarios en el centro penitenciario, para permitir que pudiera vivir con la mayor independencia posible y en igualdad de condiciones con otras personas en situación de privación de libertad. No hacerlo violaría el principio de no discriminación. Asimismo, la Corte consideró que el Estado debió facilitar que la señora Chinchilla Sandoval pudiera acceder, conforme al principio de equivalencia, a medios a los cuales razonablemente hubiera podido acceder para lograr su rehabilitación si no hubiera estado bajo custodia estatal, así como para prevenir la adquisición de nuevas discapacidades (párr. 216).

El aspecto histórico de la discriminación fue abordado en *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (sentencia de 1 de septiembre de 2015, núm. 298), por medio del análisis de los efectos de la discriminación interseccional en razón del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), género y condición social. En primer término, la Corte reconoció que las personas con VIH han sido históricamente discriminadas debido a las diferentes creencias sociales y culturales que han creado un estigma en torno a la enfermedad. De este modo, el hecho que una persona viva con VIH/síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), o incluso la sola suposición de que lo tiene, puede crear barreras sociales y actitudinales para que esta acceda en igualdad de condiciones a todos sus derechos. De acuerdo con el modelo social de discapacidad, se consideró que el convivir con el VIH no es *per se* una situación de discapacidad. Sin embargo, en algunas circunstancias, las barreras actitudinales que enfrenta una persona por convivir con el virus generan que las circunstancias de su entorno le coloquen en una situación de discapacidad. Así, la determinación de si alguien puede considerarse una persona con discapacidad depende de su relación con el entorno y no responde únicamente a una lista de diagnósticos. Por tanto, en algunas situaciones, las personas que viven con VIH/sida pueden ser consideradas en situación de discapacidad bajo la conceptualización de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (párr. 238).

En el caso particular, confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía Gonzales Lluy fue ocasionada por múltiples factores y derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de

pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado, teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH, necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja (párr. 290).

*Carlos Gaio*

### 503. DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

Cuando nos referimos a la discriminación directa e indirecta tenemos obligatoriamente que detenernos en un caso célebre, un asunto de máxima importancia en los Estados Unidos de América: el caso *United States Postal Service Board of Governors vs. Aikens*, y que dio pauta para identificar este tipo de discriminaciones. El asunto trató una denuncia presentada bajo el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Aikens acusó al servicio postal de discriminación racial al negarle ascensos a diversos puestos a nivel gerencial. El circuito de D. C. decidió que podía establecer un caso de *prima facie* de discriminación, demostrando que poseía todas las calificaciones o méritos requeridos para los ascensos, y que había sido relegado en favor de candidatos blancos. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos, representando al Servicio Postal, pidió a la Corte que estableciera que las pruebas de *prima facie* del demandante debían demostrar la “probabilidad” de discriminación. Los requisitos para el demandante, en un caso *prima facie*, eran de gran importancia práctica para los supuestos que recoge el título VII de la Ley de Derechos Civiles. Si el demandante no es capaz de establecer un caso de *prima facie*, el juicio debe iniciarse en su contra, cuando la defensa haga la moción de juicio al cierre del caso del demandante. Sin embargo, si el demandante tiene éxito en establecer un caso *prima facie*, el juicio debe iniciarse a su favor, a menos que la defensa presente evidencias de descargo satisfactorias. Así, en un caso de trato desigual, *disparate treatment*, se dice que las pruebas de los demandantes crean una “presunción refutable obligatoria” de discriminación. Esto tiene el efecto de forzar al patrón demandado a presentar pruebas para refutar la presunción de discriminación, con el riesgo de perder el caso. Así las cosas, el asunto clave que presenta el caso Aikens está relacionado con el grado de responsabilidad que debe tener el patrón de presentar evidencia o pruebas. El tribunal solicitó, en efecto, que el demandante presentara, de manera inicial, solo lo que pudiera saber, con un esfuerzo razonable, antes del juicio; es decir, que poseía todos los méritos conocidos.

Fue un caso que suscitó la polémica en cuanto a quién debe ser el responsable de la presentación de pruebas en las distintas etapas de un caso de discriminación bajo el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Además, promovió que existieran dos doctrinas posibles para la interpretación del título VII: a) la doctrina sobre el trato desigual —*disparate treatment*—, y b) la doctrina sobre el impacto desigual —*disparate impact*—.

El *disparate treatment* —se acogen dos subdivisiones: *systemic disparate treatment* e *individual disparate treatment*, según el alcance general o individual de la prác-

tica discriminatoria—, en el ámbito europeo es concebido como discriminación directa o intencional.

En cuanto al *disparate impact*, igualmente en el ámbito europeo, se entiende como discriminación indirecta.

En el derecho estadounidense, tanto el *disparate treatment* como el *disparate impact* descansan en dos acepciones diferentes de la igualdad: *disparate treatment* como igualdad de trato, pero entendida como prohibición de discriminación intencional, y además se aplica en casos de discriminación individual, y *disparate impact* como igualdad de oportunidades, aplicada a casos de discriminación de clases sociales.

Con los contextos americano y europeo expuestos, nos centramos en el ámbito comunitario, y así en la Unión Europa se recoge la prohibición de discriminación directa con la aprobación de la Directiva del Consejo del 9 de febrero de 1976 (76/207/CEE), en la que en su art. 2 expresa: “el principio de igualdad de trato (...) supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente (...)”. Otra Directiva posterior, Directiva del Consejo, del 15 de diciembre de 1997 (97/80/CE), relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, puntualiza al respecto al expresar en art. 1.1: “a efectos de la presente Directiva se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente”.

Así las cosas, se entiende por discriminación directa aquel tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, raza, etcétera (SSTC 136/1996, y 198/1996).

En esta categoría diferencia a su vez entre discriminaciones abiertas y encubiertas. Las discriminaciones abiertas son las que explícitamente marcan un trato diferenciado entre hombres y mujeres, contrario a la igualdad legalmente reconocida, por ejemplo. Las discriminaciones encubiertas son aquellas en las que pese a que el sexo no es la *causa* explícitamente alegada para establecer la diferencia de trato, constituye el *móvil* que realmente guió la actuación o comportamiento empresarial, aunque aparezca formalmente revestida bajo una causa distinta.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) situará lo que entiende por discriminación directa en el asunto Dekker, C-177/88, del 8 de noviembre de 1990. En el asunto concreto se llega a la conclusión de que el concepto de discriminación directa se caracteriza por el sometimiento a una persona a un trato diferenciado, desfavorable y perjudicial en razón de su sexo. Sin embargo, esta definición tiene su excepción en el art. 2 de la mencionada Directiva 76/207 sobre igualdad de trato en el que se señalan tres ámbitos, en los que, con carácter excepcional, el trato diferente por razón de sexo está indicado: ciertas actividades profesionales para las cuales la apariencia física o el sexo constituyen una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio; la normativa protectora del embarazo y la maternidad, y las acciones positivas y la discriminación inversa para el fomento de la igualdad de las mujeres.

Por lo que se refiere a la discriminación indirecta, la encontramos nuevamente en el derecho antidiscriminatorio norteamericano, en la teoría del impacto adverso, o efecto adverso que se desarrolla a partir del Asunto

*Griggs vs. Duke Power Company* de 1971. En el ámbito comunitario, se detalla con más detenimiento y precisión la denominada discriminación indirecta, en relación con la comentada discriminación directa. Así las cosas, por discriminación indirecta se entiende aquel tratamiento formalmente neutro, no discriminatorio o no intencionado, del que se deriva por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (SSTC 145/1991, 147/1995).

La Directiva 97/80/CE del Consejo, del 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, dice en su artículo 2.2 “... existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuada y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”.

Por su parte, el tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a través de su labor jurisprudencial —Asuntos Defrenne II (43/75), de 8 de abril de 1976, Asunto J.P. Jenkins (96/80), del 31 de marzo de 1981, Asunto Grau-Hupka (297/93), del 13 de diciembre de 1994; Asunto Lewark (C-457/93) del 6 de febrero de 1996 y Asunto Kording (C-100/95), de 2 de octubre de 1997—, ha podido perfilar los elementos que caracteriza a la discriminación indirecta. Así, tenemos que:

— Previamente, debe delimitarse la disposición, el criterio o la práctica afectada, y que se entiende que podría ser una discriminación indirecta;

— La naturaleza de la discriminación es colectiva, en la medida en que se valora no tanto el caso individual y concreto, sino más bien el impacto adverso, que incide perjudicialmente en un grupo de individuos de determinadas características;

— El empleador debe demostrar que el criterio originador de la desigualdad no se puede justificar de manera objetiva, bien porque obedece a criterios totalmente ajenos a cualquier causa de discriminación o bien por haberse respetado el principio de proporcionalidad (Durán y Lalaguna, Paloma).

Con todos estos elementos el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas define y entiende que existe una discriminación indirecta cuando “una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral perjudica a una proporción sustancialmente mayor de los miembros de un sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica sea apropiada y necesaria y se pueda justificar por factores objetivos no relacionados con el sexo”.

Como vemos, es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que ha consagrado la prohibición de este tipo de discriminaciones indirectas, como discriminaciones no declaradas y no manifestadas literalmente, pero que pueden estar presentes en las normas, las sentencias, los actos administrativos o las actividades privadas, no siendo directamente discriminatorias en apariencia, pero produciendo en la práctica efectos discriminatorios.

La prohibición de este tipo de discriminación ha tenido gran repercusión en el plano normativo y jurisprudencial, tanto a nivel comunitario como internacional, si bien son especialmente significativas las directivas en esta materia: DIR 75/177CEE; DIR 79/7 CEE, de 19-12-1978; DIR 86/613CEE, y por último la DIR 97/80CEE del 15 de diciembre de 1997, que define clara-

mente este tipo de discriminación fundada en el sexo, ya sea en la jurisdicción social, administrativa o civil.

*Nuria González Martín*

#### 504. DISCRIMINACIÓN ECONÓMICA

Condición multidimensional que padecen especialmente personas y grupos minoritarios —sobre todo mujeres, niñas y niños, migrantes, ancianos, indígenas y personas en situación de calle— que les impide —en lo personal y en lo colectivo— la proyección autónoma de su dignidad, el disfrute de servicios básicos, su inserción en la sociedad y su florecimiento humano. La consecuencia de la exclusión y el desconocimiento por parte del Estado —y de actores económicos dominantes— de su integridad humana, en diversos planos, les impide satisfacer sus necesidades vitales básicas como alimentación, salud, vivienda digna, educación y empleo.

A largo plazo, este tipo de discriminación propicia la erosión de sus derechos; perpetúa su inmovilidad social, los excluye del acceso a la participación política, la justicia, y genera condiciones para que tanto agentes del Estado como particulares transgredan sus derechos humanos en un clima de impunidad contextualizada. Desde el punto de vista normativo y jurisprudencial (véase el análisis casuístico que explicita el voto razonado del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, sentencia de 20 de octubre de 2016, núm. 318), la prohibición de la discriminación económica está prevista en diversos tratados internacionales (como el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y, en consecuencia, tiene una dimensión subjetiva y objetiva: la primera tiene que ver con la obligación del Estado para prevenir la explotación humana, relacionada con las obligaciones que se han diseñado tanto en materia de derechos económicos, sociales y culturales (especialmente para los pueblos indígenas) como las prohibiciones de trabajo forzado a través de los tipos penales y la legislación laboral. La segunda consiste en las obligaciones positivas del Estado para crear bienestar general en la población a través de políticas fiscales que permitan una justa distribución de la riqueza y la elevación de la dignidad humana como fin último del Estado.

Las normas constitucionales incluyen la prohibición de discriminación económica cuando se refieren a “otro tipo de discriminación” y, en razón de esta cualidad expansiva, junto con los principios de *iura novita curia*, *in favor debilis* y *pro iustitia socialis*, se ha construido un bagaje jurisprudencial autónomo para proteger los derechos de procesados, consumidores, analfabetos, campesinos, indígenas, mujeres en contexto de violencia y derechos de la niñez. Asimismo, la discriminación económica es un factor de peso en el pago de las compensaciones por daños a los derechos humanos. En casos de trabajo forzado, los resultados (reparación, sanción o compensación por daños punitivos) incluirían varias medidas, que pueden ser pagos económicos, enjuiciamiento penal u otros medios de satisfacción por la vía extracontractual. En suma, la condición de discriminación económica puede reivindicarse mediante políticas públicas multidimensionales sustentadas en derechos humanos. Por la vía del litigio, la discriminación se toma en cuenta en casos sobre justicia familiar, como parte de la igualdad ante la ley (derecho penal y debido proceso) y

como parte de la prohibición de explotación entre individuos (prohibición de trabajo esclavo).

*Isaac de Paz González*

## 505. DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL

La discriminación estructural alude a aquellas circunstancias de desigualdad o dominación que ocurren dentro de —y debido a— las dinámicas sociales, y que tienen como resultado la exclusión sistemática de grupos de personas, negándoles el acceso al ejercicio de sus derechos humanos.

El derecho internacional de los derechos humanos ha identificado con claridad el fenómeno de la discriminación estructural y ha recomendado en diversos instrumentos, o ha hecho obligatorio para los Estados parte, llevar a cabo acciones que trabajen en favor de la desarticulación de estas condiciones sociales que de manera continua afectan el acceso al derecho a la igualdad y no discriminación. Ejemplos claros de lo que señalamos son la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Violencia contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), en su artículo 5; el propio Comité CEDAW, en su observación general número 30 y 33; el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD, por sus siglas en inglés), en su observación general número 3, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), en su observación general número 20.

Es así que la discriminación estructural puede estar presente tanto en las dinámicas sociales, por ejemplo, las ideas establecidas en los estereotipos o roles de género, como en la legislación, las políticas públicas o en los sistemas de creencias, entre otros.

Un elemento diferenciador de la discriminación estructural es su componente colectivo, en contraposición con el concepto individual de la discriminación y sus consecuencias. Es decir, la discriminación estructural señala mecanismos de exclusión o subordinación que afectan a una población en razón de sus características específicas, como pueden ser: género, preferencias sexuales, raza, situación socioeconómica, edad, condición de salud, entre otras, o sus circunstancias, por ejemplo, personas en situación de migración, en situación de calle, o en razón de las diversas actividades que realizan, como la prestación de servicios sexuales o trabajadores del campo. Ello sin perder de vista que las personas o los grupos sociales se encuentran comúnmente dentro de diversas intersecciones, dando lugar a una infinita variedad de circunstancias que podrían colocarlas en situaciones de desventaja muy complejas y de difícil desarticulación.

La estructura social es la forma que adopta el sistema de las relaciones entre individuos y los vinculan de forma sistemática aun cuando no haya nunca interacción entre ellos. Es un concepto complejo que ha favorecido el entendimiento y la explicación de fenómenos sociales más allá de la valoración de conductas individuales. Así, la discriminación estructural revierte de igual forma la idea de sujeto activo y pasivo en el contexto de desigualdad, incorporando la idea de sujetos colectivos. Esta posición es fundamental en el debate de la lucha en contra de la discriminación, ya que identifica, desde otra perspectiva, la identidad del problema, sus causas, constitución, dimensión, naturaleza, fortalezas y, por tanto, contribuye a identificar con mayor precisión las acciones necesarias para su erradicación, tomando dimensiones

y rumbos muy distintos a aquellos que se tomaron en la concepción individualista de la discriminación y la desigualdad. En este sentido, la discriminación estructural se opone al individualismo, del que resulta el reconocimiento de la igualdad de todas las personas ante la ley o la prohibición de la esclavitud como categoría jurídica, ambas valiosas, sin duda, pero insuficientes.

Las acciones de discriminación, cuando van más allá de actos individuales, únicos e independientes y se convierten en realidades sistémicas, repetitivas, que inclusive establecen un patrón, adquieren la cualidad de estructurales. Para México, un caso emblemático de estas condiciones ha sido *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (sentencia de 16 de noviembre de 2009, núm. 205), en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos identificó una situación de discriminación reiterada, sistemática, que constituyó un patrón de actuación del Estado, avalado por los estereotipos y creencias sociales a partir de la condición de mujer de las víctimas mortales. Esta sentencia ha resultado un antecedente muy relevante en el análisis de otros hechos semejantes en donde se repiten las características y que dan contenido e identidad a la discriminación estructural.

Los Estados y las sociedades tienen la obligación de identificar y modificar todas aquellas condiciones sociales sistemáticas, permanentes y, en consecuencia, estructurales, que excluyen y sujetan a las personas o los grupos sociales a condiciones de desigualdad y exclusión.

*Ángela Quiroga Quiroga*

#### 506. DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL

El enfoque interseccional debe sus orígenes a la lucha feminista multirracial promovida en Estados Unidos en la década de los setenta, iniciada con el ánimo de denunciar la opresión que sufrían las mujeres negras en razón de su género y color de piel, oponiéndose a la hegemonía del llamado “feminismo blanco”, entre otros objetivos. Desde esa trinchera fue acuñado el término de la “simultaneidad de opresiones”, que eventualmente daría pie al nacimiento del concepto de “interseccionalidad”, propiamente empleado por la jurista afroamericana Kimberlé Crenshaw en 1989, a fin de visibilizar la situación de marginación y violencia que enfrentaban las trabajadoras negras en su país.

Crenshaw advirtió que las trabajadoras afrodescendientes sufrían de exclusión tanto por motivos raciales como de género, y que ambas categorías de vulnerabilidad convergían y derivaban en una discriminación agravada en su contra, es decir, los motivos de discriminación, interactuando en conjunto, crean una situación especial de opresión. Por ello, según sus propias palabras, se propuso “ilustrar que muchas de las experiencias que enfrentan las mujeres negras no están incluidas dentro de los límites tradicionales de la discriminación racial o de género como se entienden actualmente, y que la intersección del racismo y el sexismo influye en la vida de las mujeres negras en una forma que no puede ser comprendida totalmente si se observan las dimensiones de raza o género de las mujeres por separado” (1991).

De lo anterior se infiere que el fenómeno de interseccionalidad se presenta cuando: *a)* una persona o grupo de personas son discriminados a causa de varios factores de opresión, es decir que en su contra existe una pluralidad de condiciones de vulnerabilidad, y *b)* la convergencia de dichos factores se traduce en una especial situación de vulnerabilidad, en una discriminación es-

pecífica que puede apreciarse únicamente cuando se estudian conjuntamente los elementos que la integran.

En relación con ello, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad explicó que el concepto de “discriminación múltiple” hace referencia a una situación en la que una persona experimenta dos o más motivos de discriminación (lo que conduce a una discriminación compleja o agravada), mientras que la “discriminación interseccional” se refiere a una situación en la que varios motivos interactúan al mismo tiempo, de forma que son inseparables (Observación general núm. 3, párr. 4).

Ahora bien, es importante tener en cuenta que el concepto de interseccionalidad, tal como lo conocemos hoy, no solo denuncia la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres en razón de su género u origen racial, sino que alerta sobre la exclusión que sufre una gran cantidad de personas, por variadas y múltiples razones. Por ello se ha dicho que la interseccionalidad implica no solo un estudio del género y de las diferencias entre hombres y mujeres, sino el análisis de las relaciones entre las diferentes categorías e identidades socioculturales, con el fin de determinar cómo estas interactúan (Knudsen).

Así, la interseccionalidad permite estudiar la interacción de las distintas condiciones que colocan a los individuos en posiciones de privilegio o vulnerabilidad, según sea el caso. Dichos ejes de libertad/opresión pueden referirse a: género, origen étnico, nacionalidad, preferencia sexual, discapacidad, estado de salud, educación, clase social, posición económica, color de piel, fertilidad, edad, religión, lengua, ideología, apariencia física, entre otras circunstancias. En realidad, si se observa desde esta óptica, puede concluirse que la mayoría de las categorías de vulnerabilidad se remontan al nacimiento mismo de la persona, sin que haya intervenido su voluntad o elección, y que pocas personas en el mundo gozan de una posición de total privilegio.

En este sentido, la perspectiva interseccional subraya precisamente que tales categorías, lejos de ser “naturales” o “biológicas”, son construidas e impuestas socialmente y están interrelacionadas entre sí, lo que supone un cuestionamiento a las relaciones de poder y a cómo se articula el privilegio (Gandarias Goikoetxea).

Para comprender mejor este enfoque, es importante recalcar que “es posible apreciar casos de discriminación denominada múltiple o compuesta, en la que las mismas personas son discriminadas por dos o más factores conjuntamente. Sin embargo, esto, por sí mismo, no constituye interseccionalidad. Este concepto se refiere no solo a la multiplicidad de factores causa de discriminación, sino también al ‘efecto sinérgico’ que va más allá de la suma de factores, enfocándose más bien en su combinación, y muchas veces con resultados en formas únicas de discriminación” (Cornejo Chávez, en Ferrer Mac-Gregor *et al.* (coords.), 2018, p. 253).

Tal como explica el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “La discriminación interseccional se refiere entonces a múltiples bases o factores interactuando para crear un riesgo o una carga de discriminación única o distinta. [...] La interseccionalidad constituye un daño distinto y único, diferente a las discriminaciones valoradas por separado. Ninguna de las discriminaciones valoradas en forma aislada explicaría la particularidad y especificidad del daño sufrido en la experiencia interseccional” (Corte IDH, caso *Gonzales Lluy y otros*

vs. *Ecuador*, sentencia de 1 de septiembre de 2005, núm. 298, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 11 y 12).

Emplear esta perspectiva, teniendo en cuenta las cargas específicas que soportan quienes están sometidos a escenarios de opresión a causa de múltiples y concurrentes factores, permitirá avanzar con mayor certeza en el camino hacia la reivindicación de los grupos históricamente más vulnerables, quienes precisan de una mayor protección por parte de las entidades estatales y, además, de una mayor comprensión por parte de la sociedad en su conjunto.

*Carolina Hernández Parra*

## 507. DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL EN RAZÓN DE GÉNERO

La interseccionalidad es un concepto que se desarrolla como una categoría de análisis dentro del pensamiento y praxis feminista. Una vez identificados los componentes de discriminación y violencia por razones de género surgen voces que llaman la atención respecto de la homogeneidad que se pretendía dar al fenómeno —explicándolo solo a partir de la realidad de las mujeres blancas, heterosexuales, católicas y sanas—, dejando totalmente invisibilizada la complejidad que suponen otros procesos estructurales que provocan distintas formas de discriminación y desigualdad social contra las mujeres. Esta nueva perspectiva identifica que la desigualdad social que margina a las mujeres se origina y manifiesta de forma multicausal, dando lugar a intersecciones relacionadas con el sexo, la religión, las preferencias sexuales, las condiciones socioeconómicas o de origen étnico, entre otras.

El enfoque interseccional abre el horizonte para la comprensión de fenómenos socioculturales que deben ser abordados por la ciencia y la acción gubernamental para su atención de manera diferenciada. Asumir esta perspectiva ofrece acercamientos diferenciados, lo que supone mayores y mejores posibilidades de erradicar, de forma transversal, diferentes tipos de sistemas de subordinación, y por tanto, de discriminación por razones de género, pero incorporando otras condiciones que agravan y polarizan aún más las desigualdades y sus efectos discriminatorios.

La interseccionalidad propone un posicionamiento inclusivo en la lucha feminista. Se trata de huir de las generalizaciones y simplificaciones de la realidad para visibilizar las complejas condiciones de desigualdad que viven las mujeres, provocadas, adicionalmente, por motivos de su raza, preferencias sexuales, condiciones socioeconómicas o religión. Estas condiciones interactúan entre sí. No pueden observarse de forma aislada y parcial. El fenómeno discriminatorio y de desigualdad por razones de género se complejiza y potencializa ante diversos cruces derivados de la presencia de otras condiciones constitutivas de la identidad que producen relaciones asimétricas de exclusión y subordinación particulares, incluso frente a otras mujeres.

El concepto adquiere esta categoría a partir del replanteamiento del derecho antidiscriminatorio en Estados Unidos. En este camino se identifican diversas minorías o grupos excluidos por razones que rebasaban la dimensión de género. Las corrientes más representativas que han posicionado esta visión como indispensable en el feminismo contemporáneo son las surgidas de los movimientos feministas afroamericanos y chicanos, alejándose del feminismo hegemónico.

En el desarrollo del concepto se han diferenciado diversas posiciones respecto a la forma de acercamiento e interpretación de los procesos y estructuras de poder excluyentes y de subordinación. Una de ellas se centra en las condiciones particulares de las mujeres, resaltando procesos de discriminación y subordinación microsociales. La otra observa el fenómeno desde una postura amplia y macro a partir de sistemas de poder en los ámbitos económico, social, político e incluso religioso.

Actualmente, un ejemplo de las grandes corrientes que empujan el estudio y desarrollo de la perspectiva pluricausal y diferenciada de los procesos de subordinación y discriminación contra las mujeres es el *black feminism* en Estados Unidos, que surge de la exigencia de incorporar las experiencias de género con la inclusión del componente de raza y clase en la agenda feminista. En Europa prevalece más la vinculación al feminismo posmoderno.

En América Latina ha existido, desde hace tiempo, la clara conciencia de la discriminación por origen étnico y, desde luego, a causa de las condiciones socioeconómicas de las mujeres, recientemente se han fortalecido movimientos importantes que reivindican la situación de las mujeres pertenecientes a la población afrodescendiente, con diversas discapacidades, o de la comunidad lésbica, gay, bisexual, transexual, transgénero, travesti e intersexual (LGBTTTTI).

La interseccionalidad permite visibilizar y particularizar los mecanismos de subordinación y desigualdad a partir de distintas condiciones que ubican a las mujeres en situaciones de desventaja diversas. Desde este enfoque, la discriminación es simultánea y difícilmente podríamos diferenciar si una u otra causa juega un papel más importante, situación que no tendría mucho valor.

*Ángela Quiroga Quiroga*

## 508. DISCULPA PÚBLICA POR VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS

El Estado, en cuanto forma de organización humana que busca el desarrollo de una vida social, encuentra su justificación —teórica y práctica— en la salvaguarda del interés colectivo de frente a los intereses individuales.

Así lo plantean las teorías del Estado moderno, que buscan darle un sustento axiológico (aunque también metafísico), como producto de un contrato social en el que “el colectivo”, partiendo de condiciones de naturaleza, se renuncia a un coto de libertad que es cedido a un ente supraindividual con la finalidad de que organice las relaciones civiles y resuelva por cauces pacíficos, a través de instituciones jurídicas, los problemas que, de otra forma, hubieran generado ciclos interminables de violencia, así como prevenir la agresión y garantizar bienes, valores, (pre)condiciones y recursos necesarios para que cada una de las personas puedan desarrollar una vida digna, autónoma y libre de violencia; es decir, los derechos humanos (se sugiere consultar a Höffe, 1992, pp. 9-41).

No existe Estado sin personas, sin territorio y sin capacidad de gobernar. Al respecto, Norberto Bobbio afirma que todo Estado requiere para su existencia “que en un territorio determinado haya un poder capaz de tomar decisiones y emitir los mandatos correspondientes, obligatorios para todos los que habitan en ese territorio, y obedecidos efectivamente por la gran mayoría de los destinatarios [...]” (1989, p. 129).

En ese orden de ideas, la maximización del bienestar y la seguridad humana son elementos fundacionales que justifican la existencia del Estado y las instituciones que ejercen su gobierno y, por tanto, legitiman el ejercicio del poder, el cual, siguiendo al filósofo italiano, debe entenderse como “una relación entre dos sujetos de los cuales el primero obtiene del segundo un comportamiento que este, de otra manera, no hubiera realizado” (p. 104). Por esta razón, continúa Bobbio, el Estado requiere del uso de la fuerza, por lo cual “solo el uso exclusivo [es] condición suficiente” (p. 108).

Dicho monopolio de la fuerza pública, pero también de la creación normativa, que construyen una representación (que aspira a ser) justa del mundo (Supiot, 2012, p. 30), y de la coacción ante el incumplimiento de las reglas “socialmente” aprobadas, genera *ipso facto* una relación asimétrica entre quienes detentan el ejercicio del poder público y quienes somos destinatarios de las decisiones que, con base en él, se asuman. En un Estado constitucional y democrático como México, dichas reglas se consideran un producto político en manos de la decisión social (art. 39 constitucional), en atención al verbo *representar*, pilar del juego democrático.

Como señala Otfried Höffe, “todo orden político fundamental es también un orden de dominación”, por tanto, “la justicia política no consiste en la superación, sino en la transformación cualitativa de la dominación” (p. 9).

Estas construcciones teóricas han sido el soporte para que México reconozca, en el primer artículo de su ley fundamental, que son las autoridades del Estado las principales obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Sin embargo, un marco normativo sin un proceso de incorporación cultural de las razones que lo justifican resulta tan vulnerable, que basta la presencia de un conflicto de intereses por parte de los operadores o ejecutores de la norma para desviar los recursos y esfuerzos destinados a las finalidades originales de sus atribuciones y cometer acciones u omisiones que constituyan alguna afectación a la existencia de las personas destinatarias del orden jurídico.

De esta manera, cualquier abuso de poder que transgreda los derechos humanos de una persona constituye una injusticia que produce “un daño existencial” (Bilbeny, 2015, p. 35).

Por ello, la ley fundamental mexicana establece, de forma derivada a las obligaciones de frente a los derechos humanos, la de evitar que se trasgredan y, en consecuencia, que en caso de que así suceda, se investiguen los hechos y reparen los daños de forma integral (respecto de la reparación del daño véase la voz “Reparación del daño por violaciones graves a derechos humanos”, en esta obra).

Esta obligación constitucional, que es también un derecho de las víctimas, tiene su correlativo normativo aplicable en la Ley General de Víctimas, en cuyo artículo 1, párrafo tercero, señala que una “reparación integral” comprende: “las medidas de restitución, rehabilitación, compensación, *satisfacción* y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica” (cursivas añadidas).

Entre las medidas de satisfacción, el artículo 27, fracción IV, enfatiza que estas buscan “reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas”; por ello, el diverso 73, fracción IV, incluye entre ellas la disculpa pública “de parte del Estado, los autores y otras personas involucradas en el hecho punible o en la violación de los derechos”.

Como se mencionó, toda violación a los derechos humanos implica un daño a la existencia humana. Es por tal razón que, de frente a la investigación de los hechos que la constituyen, la justicia adquiere un “sentido existencial” que empiece por la víctima y por su propio juicio, es decir, que le permita “racionalizar el mal sufrido”. Para ello, es necesario “que se reconozca, [...] que se diga bien a las claras [...] el mal [...] que alguien ha padecido” (Bilbeny, p. 36).

En ese tenor, el referido artículo 73 de la Ley General de Víctimas señala que la disculpa pública deberá incluir “el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades”.

La disculpa pública por parte de las autoridades responsables en caso de violaciones a derechos humanos posee una fuerte carga simbólica, entre otras cosas, por el reconocimiento de vulnerabilidad y de fallas endémicas que encierra el modelo gubernamental. En el orden jurídico mexicano, el concepto de autoridad se ha ido ampliando hacia el reconocimiento de otras estructuras y grupos con capacidad de tomar decisiones y ejercer el poder, que no actúan, de forma total, en el núcleo de la vida pública. Un ejemplo de esto es la tesis 1ª. IV/2015 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que establece como medida de reparación, en los casos de discriminación laboral, una disculpa pública por parte de la empresa empleadora.

En esta línea, la disculpa pública comporta, además, una dimensión social ineludible; puesto que el reconocimiento de responsabilidad permite que el “proceso de perdón transaccional”, apoyado en la ley, transforme los “perjuicios causados en aquello que hace que mejore la sociedad” (Nussbaum, 2018, p. 260). Transitar de la ira al perdón, de la venganza a la justicia institucionalizada, a través del reconocimiento y la disculpa.

*Francisco Esquinca Cuevas*  
*Eduardo Alcaraz Mondragón*

## 509. DISCURSO DE ODIIO

El discurso de odio —o *hate speech*— se sostiene en la intención de provocar una afectación en la dignidad de un grupo de personas por medio de “ofensas”. Dichas manifestaciones suelen referirse a expresiones discriminatorias, racistas, xenófobas, misóginas, homófobas, entre otros.

Las expresiones de odio pueden integrar un argumento basado en razones morales o estéticas, coherentemente formulado, en el que se apela más a la emoción que a la razón al momento de deliberar. Existe un discurso de odio que escapa de todo punto de equilibrio entre las partes que deliberan. En este escenario, con frecuencia se apela a la retórica, la simbología y la redefinición de códigos éticos entre posiciones antagónicas, ideologías de dominio y rivalidad.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en la tesis CL/2013 (10ª), sostuvo que “los discursos del odio son aquellos que incitan a la violencia —física, verbal, psicológica, entre otras— contra los ciudadanos en general, o contra determinados grupos caracterizados por rasgos dominantes históricos, sociológicos, étnicos o religiosos. Tales discursos se caracterizan por expresar una concepción mediante la cual se tiene el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social

[...] En consecuencia, los discursos del odio van más allá de la mera expresión de una idea o una opinión y, por el contrario, resultan una acción expresiva finalista que genera un clima de discriminación y violencia hacia las víctimas entre el público receptor, creando espacios de impunidad para las conductas violentas”.

Desde esta óptica, el discurso de odio puede silenciar o subordinar a ciertos grupos sociales minoritarios o vulnerables, lo que provoca una deconstrucción de la libertad de expresión. Las expresiones subversivas pueden ocasionar afectación emocional intensa, personal o colectiva, provocando dolor, humillación y violencia, dañando la dignidad de las personas contra las que se profieren dichas manifestaciones.

En este sentido, la SCJN ha señalado que existen expresiones que se insertan en una categoría de lenguaje discriminatorio e incluso de discurso de odio. Así lo señaló en la tesis de la Primera Sala CXLVIII/2013 (10ª), en la que afirmó que el discurso homóforo implica una incitación, promoción o justificación de la intolerancia hacia la homosexualidad, ya sea mediante términos abiertamente hostiles o de rechazo, o bien, a través de palabras burlescas, por lo que debe considerarse como una expresión del discurso de odio.

El *hate speech* suele involucrar acciones variadas basadas en la destrucción del otro, a quien se identificará como “enemigo”. Por tanto, es usual que dicho discurso este desprovisto de todo orden y reglas, y puede provocar una respuesta hostil de sus interlocutores.

La doctrina y la jurisprudencia interamericana han subrayado que la libertad de expresión no es un derecho absoluto. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el inciso 5 del artículo 13, dispone que “estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

El latente peligro de los discursos de odio es que rápidamente pueden detonar la violencia; por ello, la postura mayoritaria ha señalado que las condiciones (peligro real e inminente) son elementos básicos a considerar en el análisis de las expresiones controvertidas.

El ánimo inserto en cada expresión de odio puede lesionar el honor de ciertos colectivos, afectar sensibilidades o remover heridas que parecían ya estar cerradas. Identificar la intencionalidad como elemento clave que descubra las expresiones que afectan ciertos valores sociales y exceden a la protección que brinda la libertad de expresión no es una tarea de fácil despacho.

En suma, la doctrina mayoritaria coincide en que el discurso de odio es nocivo para la democracia; empobrece el debate público, afecta derechos de la personalidad y envilece la deliberación con insultos y ofensas injustificadas.

*Yessica Esquivel Alonso*

## 510. DISTRITO ELECTORAL UNINOMINAL

Es la división geográfica en que se organiza el territorio de un país o región con fines electorales. Cada una de las divisiones sirve al propósito de elegir un solo individuo a un cargo de elección popular. Como la denominación indica, se trata de una demarcación con un solo nombre, por extensión solo un

nombre, una persona, será la elegida en esa circunscripción o demarcación. El *Diccionario* de la Real Academia Española señala que distrito es “cada una de las demarcaciones en que se subdivide un territorio o una población para distribuir y ordenar el ejercicio de los derechos civiles y políticos, o de las funciones públicas, o de los servicios administrativos”. Mientras que en otro sentido, el distrito o circunscripción se entiende como la “unidad territorial a la que se adscribe un conjunto de electores a partir de la cual se procede a la distribución de los escaños” al congreso o parlamento.

El distrito electoral uninominal tiene como contraparte terminológica al distrito electoral plurinominal, donde la pluralidad nominal indica que son varias las personas que serán elegidas para ocupar cargos de elección popular, o en estricto sentido, para representar a los habitantes de dicho distrito. De igual manera, rompe con el modelo de representación plurinominal, donde un mismo distrito, atendiendo a la variabilidad de la población, puede elegir a más de un representante.

En las elecciones que se verifican en distritos uninominales se utiliza el principio de mayoría para determinar cuál persona es la ganadora y que por tanto deberá ocupar el cargo que estaba en disputa entre las candidaturas presentadas por las diversas opciones políticas.

Dependiendo del modelo electoral y del tipo de cargo de elección, se prefiere que para sufragar todos los electores tengan domicilio en el distrito; al efecto, cada distrito se divide en secciones, que corresponden a las casillas en donde los electores depositarán su voto durante la elección. Excepciones a esta regla pueden ser la elección de una sola persona cuando exista una circunscripción nacional única, que es el caso de la elección de presidente de la República o jefe de Estado, mientras que en los Estados federales también es el caso del gobernador o jefe de gobierno de una entidad federativa, donde a pesar de no encontrarse en la sección y distrito de su domicilio, los ciudadanos podrán emitir su voto en casillas especiales, solo en lo tocante a la elección para dichos cargos.

En México, el territorio nacional se divide en 300 distritos electorales uninominales, los cuales están conformados por secciones, y se encuentran contenidos al interior de los estados, en los cuales se elige cada tres años un diputado federal por cada distrito. La demarcación de los distritos resulta de dividir la población total del país (conforme al último censo) en los trescientos distritos mencionados, sin que en ningún caso una entidad federativa pueda tener menos de dos distritos. Esto tiene que ver con el principio de igualdad en el voto, que es una derivación del principio “un hombre, un voto”, que hoy se ha generalizado como “un elector, un voto”. Se pretende que ningún voto de un ciudadano valga más que el de otro ciudadano.

La organización de la demarcación territorial de los distritos electorales o distribución es una tarea que corre a cargo de la autoridad administrativa electoral, en el caso mexicano del Instituto Federal Electoral, a través del Registro Federal de Electores. A partir de la reforma política de 2013, la autoridad administrativa será el Instituto Nacional Electoral. Los distritos electorales fueron fijados en número de 300 en la reforma política de 1977, cuando se amplió la representatividad de la Cámara de Diputados para incorporar la figura de diputados de representación proporcional (RP), elegidos en circunscripciones plurinominales. En la actualidad, a nivel federal, la Cámara de

Diputados se integra por los 300 diputados electos en distritos uninominales y 200 diputados de representación proporcional asignados a los partidos políticos, según la votación recibida, en cinco circunscripciones electorales en que se divide el país. En el ámbito de las entidades federativas, se reproduce un esquema similar, donde el órgano Legislativo cuenta con integrantes electos en distritos uninominales e integrantes electos en una circunscripción plurinominal única.

Un caso particular es la división territorial utilizada en México para la conformación del Senado de la República. Se utiliza un modelo basado en 32 distritos, que corresponden a las treinta y dos entidades federativas, con lo cual no hay uniformidad ni geográfica ni demográfica, lo cual rompe con el principio de igualdad en el voto. La Cámara de Senadores se integra por 128 senadores, de los cuales, en cada entidad federativa, dos son electos según el principio de votación mayoritaria relativa y uno es asignado a la primera minoría. Adicionalmente, hay una circunscripción plurinominal nacional, en la cual se votan los restantes 32 senadores, mismos que se eligen por el principio de representación proporcional.

A nivel municipal, algunos modelos emplean distritos electorales uninominales para la elección de regidores, aunque esto no está generalizado aun, pues se piensa que ocasiona más problemas de los que resuelve.

En México, a nivel federal, la delimitación del territorio con fines electorales se estableció jurídicamente a partir de 1917 en la Constitución Política del país. Las demarcaciones creadas recibieron el nombre de distritos electorales, y hasta la fecha utilizan como único criterio para llevar a cabo dicha delimitación el número de población, resultante de dividir el total de la población del país entre el número total de escaños que conforman la Cámara de Diputados, teniendo en cuenta el último censo general de población. Esto se ha complementado con otros criterios, como lo son: respetar los accidentes geográficos presentes en el territorio, la existencia de vías de comunicación entre las localidades municipales o entre los municipios (para el caso de que el distrito electoral esté formado por más de un municipio), entre otros.

La demarcación territorial para definir los distritos electorales locales; es decir, los espacios que representan cada uno de los diputados locales, es un atributo de los institutos electorales estatales, por lo cual los criterios y metodologías que se adopten para su conformación varían de un estado a otro. El número de distritos locales no coincide necesariamente con el número de distritos federales.

En la definición de los distritos electorales uninominales o plurinominales, los criterios para la delimitación territorial pueden ser de orden demográfico, administrativo, histórico y geográfico, entre otros. No obstante, es común que la delimitación responda a criterios meramente políticos.

Según el principio democrático, “un elector, un voto”, cada sufragio debe tener el mismo peso. La igualdad de los votos se logra cuando cada escaño representa a la misma cantidad de habitantes o de electores, en todo el territorio electoral. Sin embargo, al carecer de referentes absolutos para estas definiciones, se han establecido rangos de variación en los criterios de representatividad, para salvaguardar el principio de igualdad del voto.

Al existir formas diversas para dividir un área en un número determinado de distritos electorales, la consecuencia lógica es que puedan resultados distintos aunque se mantenga constante la votación real; este hecho, además,

ha permitido la existencia de dos tipos de abusos electorales que distorsionan o vulneran el principio de la igualdad del sufragio, y que son necesarios considerar al estudiar la distritación: el mal reparto (*malapportionment*), que se caracteriza por la delimitación de distritos con número de población distinta, y la división arbitraria de los distritos electorales (*Gerrymandering*). En ambos casos el objetivo es favorecer a una fuerza política en particular.

El tema de la distritación ha sido motivo de revisión en los tribunales constitucionales electorales, por la posible vulneración al principio de igualdad del voto.

En este sentido, para garantizar el cumplimiento de dicho principio, la delimitación de cada uno de los distritos electorales uninominales debe cumplir con cuatro propósitos: a) que cada voto emitido tenga el mismo valor, por servir siempre para elegir un número similar de representantes; b) evitar que en la delimitación de los distritos prevalezcan motivos políticos que beneficien a un partido en especial; c) facilitar a los ciudadanos la emisión del sufragio, de forma que sea asequible el traslado al lugar de emisión del sufragio, asimismo que la autoridad no encuentre dificultades para recibir los expedientes de casilla y realizar los cómputos respectivos, y d) la homogeneidad demográfica, con lo cual se busca preservar, en la medida de lo posible, la división geográfica preestablecida de barrios, colonias, delegaciones, municipios y la integridad de comunidades rurales e indígenas.

*David Cienfuegos Salgado*

## 511. DIVERSIDAD SEXUAL

El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación define ampliamente la diversidad sexual y de género como la “referencia a todas las posibilidades que tienen las personas de asumir, expresar y vivir la sexualidad, así como de asumir expresiones, preferencias u orientaciones, identidades sexuales y de género distintas en cada cultura y persona. Es el reconocimiento de que todos los cuerpos, todas las sensaciones y todos los deseos tienen derecho a existir y manifestarse sin más límites que el respeto a los derechos de las otras personas”.

Al respecto, la Organización Mundial de la Salud se ha pronunciado en el sentido de que “la sexualidad es un aspecto central del ser humano a lo largo de la vida y abarca al sexo, género, identidades y roles, orientación sexual, erotismo, placer, intimidad y reproducción”. De ahí que la diversidad sexual sea una expresión utilizada para hacer referencia a todas y todos aquellos que no obedecen a la norma que considera a la heterosexualidad como la vía única y legítima para ejercer la sexualidad, e inclusive aquellas cuya identidad de género no se identifica con el sexo biológico; es decir, es un concepto que abraza a las personas que no viven en un sistema basado en el binarismo de género y la heteronormatividad.

La realidad sexual del ser humano no se caracteriza por la uniformidad sino, más bien, por la diversidad, por las variadas expresiones afectivas, sexuales y emocionales en un contexto cultural particular, ya sea personas de igual género, distinto género o ambos. Incluso, el entendimiento de la sexualidad es producto de momentos históricos particulares, en los que las sexualidades, el género y la corporalidad no son invariablemente biológicos y estáticos, sino que sufren cambios como consecuencia de la visión de una sociedad en un contexto histórico determinado.

Esta característica amplia y diversa de la sexualidad abre la posibilidad de comprenderla también como un campo de acción política que es permeado por relaciones de poder que tienen injerencia directa en prácticas, normas, relaciones, posibilidades de libertad y de ejercicio de los derechos. Si se toma en cuenta que la sexualidad no es un monolito sin cambios a través del tiempo, se abre un horizonte en el que caben todo tipo de transformaciones. De ahí que las maneras de sentir, pensar y expresar la sexualidad en nuestros días no sean equivalentes a las que se tuvieron en el pasado.

Lamentablemente, la amplia gama de sexualidades no recibe el mismo valor de acuerdo con el constructo social que define lo que es normal, legítimo o saludable. Aunque es entendido que la diversidad sexual y afectiva comprende múltiples formas de expresión, relaciones y prácticas, y que se manifiesta de manera muy particular en cada persona, desde el terreno político es un concepto utilizado para hacer mención a aquellas sexualidades invisibilizadas, discriminadas o estigmatizadas. En otras palabras, aquellas que no se ajustan al patrón heterosexual y la relación entre el sexo dado al momento de nacer y la identidad de género.

En el caso de México, las leyes no hacían mención a la diversidad sexual. Fue hasta 1999 cuando el Código Penal y el Código Civil del Distrito Federal la contemplaron y, posteriormente, el artículo 1 de la Constitución federal sufrió una reforma en 2011, en la que se incluyó la prohibición de la discriminación motivada por el género y las preferencias sexuales. Sin embargo, los retos siguen siendo mayúsculos en términos de igualdad e inclusión.

***Eréndira Nohemí Ramos Vásquez***

## 512. DIVISIÓN DE PODERES

La idea de una forma mixta de gobierno a partir de fuerzas políticas divergentes tiene su origen en la antigua Grecia, y alcanza una expresión definida en la obra *El espíritu de las leyes* de Charles-Louis de Secondat, con base en lo expuesto por John Locke en el *Ensayo sobre el gobierno civil*. Es una respuesta a la desconfianza de que el Estado ejerza su poder en forma tiránica. Para evitarlo se plantea fragmentar su ejercicio en elementos diferenciados a fin de que se controlen recíprocamente e impedir que se desvíe del logro del bien común, la libertad y la razón, como fines últimos de la actividad estatal.

La trascendencia práctica de las ideas de Montesquieu puede apreciarse si se tiene en cuenta su incorporación a la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 y a la Convención Constitucional de Filadelfia de 1787, dentro del constitucionalismo norteamericano. Estas alcanzaron su máxima expresión en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que simboliza el triunfo de la Revolución francesa en contra del poder absolutista. La Asamblea Nacional refrendó en ese documento que el presupuesto básico de una Constitución, como norma jurídica suprema, es la garantía de los derechos y la separación del poder; de aquí surgirá el concepto de Estado constitucional.

El principio de división de poderes no ha estado, sin embargo, libre de críticas. Motivadas, en mucho, porque sus detractores parecieran olvidar el contexto sociohistórico donde surgió y, sobre todo, el tipo de problemas a los que pretendió dar respuesta. Entre los autores que se han pronunciado en ese sentido destacan los siguientes: Juan Jacobo Rousseau cuestionó en el *Contrato*

*social o principios de derecho político*, que la soberanía del pueblo es indivisible y, por ende, inalienable, en consideración de que la voluntad general lo es o no lo es; de ahí que el Ejecutivo quede sometido al Legislativo. Immanuel Kant, en la *Metafísica de las costumbres*, sostuvo que los tres poderes están coordinados entre sí, y cada uno es complemento necesario del otro; por ello, uno no puede usurpar la función del otro al cual presta su concurso. León Duguit, en la *Separación de poderes y la asamblea nacional*, difiere que sea factible la separación de los poderes, pues el ejercicio de cualquier función del Estado se traduce siempre en una orden dada o convención concluida, como un acto de voluntad o manifestación de su personalidad; implica el concurso de todos los órganos que constituyen la persona de aquel. Karl Loewestein sostiene en su *Teoría de la Constitución*, que resulta más atinada una división del poder estatal acorde con su dinámica, como la siguiente: decisión política conformadora; ejecución de la decisión política, y control político. Hans Kelsen cuestiona la pertinencia del término usado para designar la fragmentación del ejercicio del poder. En su obra *Teoría general del Estado y del derecho* sostiene que no se trata de una “división”, mucho menos de una “separación”. Wolfgang Hoffmann-Riem afirma que el concepto de la división de poderes es hoy en día mucho más que un mero principio de ordenamiento de la organización interna del Estado-nación. Además de que existen otros depositarios del poder, entre ellos los de carácter económico, como las empresas de dominio global, cuya influencia y poderío supera a la de algunos Estados-nación; sin olvidar que el Estado no es solo el mayor peligro para libertad del individuo, sino también su principal garante.

Pero una de las principales críticas al concepto de división de poderes se ha enfocado a cuestionar cómo puede dividirse el ejercicio del poder estatal y no afectar a la soberanía, la cual reside en el pueblo. Esta obedece a que los vocablos “poder” y “poderes” son indistintamente usados para denominar tanto la “potestad” como la “función” del Estado (delineada con base en la distribución material de las actividades que lleva a cabo). La redacción del art. 49 de la Constitución mexicana es acorde con esta noción funcional: “El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial”. Jorge Fernández Ruiz señala que las funciones esenciales o primarias que lleva a cabo el Estado para atender el interés público deben ser adicionadas mediante otras que denomina “funciones emergentes”, entre ellas la fiscalizadora o de control, la electoral, de regulación monetaria y registral.

Si se considera a la “división de poderes” como un principio abstracto, más que como un valor, cuya justificación reside en que está orientado a preservar una esfera de libertades básicas del individuo, hoy en día amenazada no solo por el Estado, sino cada vez en mayor medida por los llamados “poderes fácticos”, puede concluirse que el principio de la división del poder o separación de poderes no ha perdido trascendencia, sin negar la necesidad de robustecer su conceptualización para adecuarlo a nuevos desafíos, inexistentes cuando fue concebido por pensadores de la talla de Montesquieu y de John Locke. De ahí que autores más actuales expliquen la “actividad estatal” en consideración de las relaciones entre sus órganos e incluso de la forma en que estos lo hacen con los “nuevos poderes”.

*Eréndira Salgado Ledesma*

### 513. DOCTRINA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL

De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, la acción de “sustituir” consiste en poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa, por lo que hablar de *sustitución constitucional* será la acción por la cual se cambia una Constitución por otra diferente.

Partiendo de tal concepto y de la identificación de un núcleo intangible existente en toda Constitución (*elemento primordial o parte central e inalterable de la Constitución, a la que se van agregando otros elementos para formar un todo: el texto constitucional*), resulta incuestionable afirmar que no es lo mismo la *Constitución* (no necesariamente escrita) que las *leyes constitucionales* (normas que concretan la positivización de la *Constitución*), toda vez que la Constitución se hace consistir de esas decisiones políticas fundamentales, mientras que las leyes constitucionales solo tienen por objeto concretar dichas decisiones. De todo lo anterior, y partiendo de la distinción entre *Constitución* y *leyes constitucionales*, debe afirmarse que el órgano revisor de la Constitución solo tiene competencia para reformar las leyes constitucionales, no así la Constitución, ya que ningún poder constituido puede alterar las decisiones políticas fundamentales adoptadas por el Constituyente.

Bajo este tenor, la Corte Constitucional de Colombia, órgano facultado en aquel país para ejercer el control formal a las reformas constitucionales, ha formulado una doctrina jurisprudencial denominada doctrina de la sustitución constitucional, señalando que “...para saber si el poder de reforma [constitucional] incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad (...) Por ejemplo no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social, y democrático de derecho con forma republicana (...) por un Estado totalitario, por una dictadura o una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue reemplazada por una diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma”.

Así, vemos cómo la Corte de aquel país intenta proteger aquellas decisiones que son propias del pueblo colombiano, y que por ello solo deben mantenerse inalterables en esa nación. Evidentemente, si quisiéramos construir este mismo argumento en otras latitudes, deberemos, en primer lugar, conocer cuáles son las decisiones políticas fundamentales de tales naciones. Así, por ejemplo, en Inglaterra, Suecia, Dinamarca o Bélgica, países europeos de una tradición monárquica fuertemente arraigada, sería ilusorio pretender aplicar el mismo argumento. En todo caso, lo que ahí deberá decirse es que *no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir la Monarquía constitucional y con forma parlamentaria, por un Estado republicano, pues ello implicaría que las Constituciones de tales países fueran reemplazadas*.

En conclusión, la *doctrina de la sustitución constitucional* es una construcción argumentativa, según la cual “la competencia del órgano que realiza la reforma, es un problema de procedimiento. [La] proyección de los problemas de competencia, tanto sobre los vicios de procedimiento como sobre los vicios de contenido material, es clara, y por ello tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado, de manera reiterada, que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento

está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable (...) Cuando la Constitución adjudica a la Corte el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional en general, y de una ley que convoca un referendo en particular, no solo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el Constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia” (Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003).

De esta forma, al ser la competencia con la que actúan las autoridades una de las partes esenciales de todo control formal, aquellos tribunales constitucionales que se encuentren solo facultados para revisar formalmente las enmiendas a la Constitución podrían revisar el contenido de tales enmiendas, en el entendido de que si el poder de reforma altera contenidos del núcleo intangible de la Constitución, incurría en un vicio de competencia, ante lo cual el juez constitucional debe analizar si la Constitución fue o no sustituida por otra, siendo necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, así como aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad.

Pensarlo de otra manera —ha sostenido la Corte colombiana— sería tanto como atribuirle la competencia al Poder constituyente permanente de, por ejemplo, sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana, por un Estado totalitario, por una dictadura o una monarquía, lo que sin duda no es parte de su competencia, debido a que ello significaría reemplazar la Constitución vigente por una diferente.

Ahora bien, pese a la duda o temor que pudieran causar esquemas de control similares, es importante hacer notar que la Corte Constitucional de Colombia, aún y cuando haya diseñado la *doctrina de la sustitución constitucional*, ha conocido de 16 casos en los que se han formulado cargos por sustitución de la Constitución. Cajas Sarria refiere que “en todas las acciones promovidas (...) ha advertido falencias en la formulación del cargo por sustitución, y en las últimas sentencias, sobre la reelección, no encontró probado este cargo. [Así] el balance jurisprudencial indica que la Corte ha optado por una auto restricción judicial para preservar las decisiones mayoritarias del Congreso”.

*Francisco Vázquez Gómez Bisogno*

#### 514. *DOPPIA PRONUNCIA*

Con el vocablo *doppia pronuncia* se hace referencia al “doble carácter” que pueden tener las sentencias interpretativas: uno explícito, que establece la constitucionalidad de cierta norma o interpretación derivada de un texto normativo (sentencia interpretativa desestimatoria), y otro implícito, que declara la inconstitucionalidad de otra norma o interpretación deducida del mismo texto (sentencia interpretativa estimatoria). En este tipo de pronunciamientos “mixtos” queda a la sombra precisamente el que declara la inconstitucionalidad, pues no aparece reflejado en ningún punto resolutivo de la sentencia. Esta situación, de hecho, representa uno de los principales problemas de la *doppia pronuncia*, ya que no está claro si al pronunciamiento implícito es posible darle los mismos efectos de un pronunciamiento expreso de inconstitucionalidad.

En relación con esta problemática se han dado diferentes soluciones en los sistemas de control de constitucionalidad. En algunos de ellos se considera que tanto la norma declarada válida como aquella inválida se debe precisar en la parte dispositiva, ya que la interpretación no formalizada únicamente vale como sugerencia autorizada, pero jurídicamente no es vinculante. En otros se enfatiza que es frecuente que se den casos en los que la interpretación, implícitamente declarada inconstitucional, no vincule ni a los jueces ordinarios ni al juez que propuso la cuestión ante el órgano de control constitucional. Para evitar toda esta incertidumbre, los tribunales constitucionales se han visto en la necesidad de preferir utilizar sentencias interpretativas estimatorias, de tal manera que el pronunciamiento que antes era implícito con relación a la declaración de inconstitucionalidad, ahora es expreso.

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que todas las sentencias interpretativas, con independencia de que formalmente sean estimatorias o desestimatorias, materialmente son estimatorias en el sentido más estricto, pues entienden que al menos una entre las varias interpretaciones posibles de un texto legal (o incluso, todas menos una), es inconstitucional; o bien, en un sentido amplio, consideran que parte del contenido normativo, derivado alternativa (sentencias interpretativas) o conjuntamente (sentencias manipulativas) de la disposición impugnada, es contraria a la Constitución; o incluso, al señalar que la ley no es inconstitucional si se le interpreta de una determinada forma, solo puede significar que la misma es contraria a la Constitución en cualquier otro sentido.

*Giovanni A. Figueroa Mejía*