



LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y AMPARO: A DIEZ AÑOS DE SU PROMULGACIÓN

Editores:

Ricardo Sepúlveda
Carlos María Pelayo Moller
Guillermo Estrada Adán
Magdalena Cervantes
Marie-Christine Fuchs



**tirant
lo blanch**



**LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE DERECHOS
HUMANOS Y AMPARO: A DIEZ AÑOS DE SU PROMULGACIÓN**

MÉXICO

LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y AMPARO: A DIEZ AÑOS DE SU PROMULGACIÓN

Editores:

Ricardo Sepúlveda

Carlos Maria Pelayo Moller

Guillermo Estrada Adán

Magdalena Cervantes

Marie-Christine Fuchs



© 2021 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (+49-30) 269 96 453

Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica

Calle 93B No. 18- 12, piso 7

Bogotá, República de Colombia

Tel.: (+57 1) 743 09 47

Fax: (+57 1) 743 09 47-7

<https://kas.de/es/web/rspla>

iusla@kas.de

Twitter: @KASiusLA

Facebook: www.facebook.com/kasiusla

D.R. © 2021, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n

Ciudad de la Investigación en Humanidades

Ciudad Universitaria, 04510, Ciudad de México

D.R. © 2021, Tirant lo Blanch

Av. Tamaulipas 150-Torre B, Hipódromo, Cuauhtémoc, 06100 Ciudad de México,

CDMX, Ciudad de México, Tel.: (0155) 6550 2317

ISBN: 978-84-1397-937-3

Editores

Ricardo Sepúlveda

Carlos María Pelayo Moller

Guillermo Estrada Adán

Magdalena Cervantes

Marie-Christine Fuchse

Coordinación académica

Lucía Becerra

Coordinación editorial

Daniel Alejandro Pinilla

Corrección de textos

Francisco Díaz-Granados

Diagramación

Marta Rojas

Diseño de cubierta

Tirant lo Blanch

Impreso en México por Tirant lo Blanch

Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores o las instituciones.

CONTENIDO

PRÓLOGO	9
SIGLAS Y ACRÓNIMOS	13
1. LA TRANSFORMACIÓN CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LAS REFORMAS EN DERECHOS HUMANOS Y AMPARO DE 2011	
COMENTARIO SOBRE DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA PENAL EN LA CONSTITUCIÓN, A DIEZ AÑOS DE LA REFORMA DE 2011	19
Sergio García Ramírez	
REFORMAS EN DERECHOS HUMANOS Y AMPARO DE 2011: UNA DÉCADA DE TRANSFORMACIÓN FRUSTRADA	41
Julieta Morales Sánchez	
LAS REFORMAS DE AMPARO Y DERECHOS HUMANOS: HERRAMIENTAS PARA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL	63
Pedro Salazar Ugarte, Carlos Ernesto Alonso Beltrán	
LOS AVANCES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA DE DERECHOS HUMANOS: UNA EVALUACIÓN APROXIMADA	75
Ricardo J. Sepúlveda Iguíniz	
UN ENFOQUE JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS	99
Jean Claude Tron Petit	
LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO. REGLAS Y REGULARIDADES	121
Diego Valadés	

2. GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS

LAS REFORMAS DEL 2011 Y LOS AVANCES EN MATERIA DE GÉNERO
EN SEDE JUDICIAL 147

Leticia Bonifaz Alonso

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, LA REFORMA
CONSTITUCIONAL Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO: UN BREVE PANORAMA 163

Adriana Ortega Ortiz

CONEXIONES PENDIENTES: DERECHOS HUMANOS Y VIOLENCIA DE GÉNERO 179

Sandra Serrano

3. LA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

LA CLÁUSULA DE INTERPRETACIÓN CONFORME EN LA ARGUMENTACIÓN
DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 193

Ximena María Medellín Urquiaga

LA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES
EN MÉXICO: ENCUENTROS, PROBLEMAS, TENDENCIAS Y DESAFÍOS
A DIEZ AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS HUMANOS 219

Carlos María Pelayo Moller

LOS OBSTÁCULOS POLÍTICOS DE LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS
HUMANOS EN EL SIGLO XXI 237

Luis Daniel Vázquez

4. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

EL DEBER ADICIONAL DE CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES DE ÓRGANOS
INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL EN LA MATERIA 251

Magdalena Cervantes Alcayde

CLAVES PARA LEER EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS EN SEDE NACIONAL 269

Guillermo E. Estrada Adán

LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA
UNIVERSAL DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS 287

Alán García Campos

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS SOBRE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES	297
--	-----

José de Jesús Orozco Henríquez

5. PERSPECTIVAS DESDE LA JUDICATURA Y EL LITIGIO: EL NUEVO JUICIO DE AMPARO

LOS DERECHOS SOCIALES Y SU PROTECCIÓN VÍA AMPARO TRAS LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2011	321
--	-----

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

LA EFECTIVIDAD DEL JUICIO DE AMPARO. UN PUNTO DE ENCUENTRO DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE JUNIO DE 2011	357
---	-----

María Elisa Franco Martín del Campo

EL NUEVO JUICIO DE AMPARO: PERSPECTIVAS DESDE EL LITIGIO Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	371
--	-----

Graciela Rodríguez Manzo

INVOLUCIÓN Y EVOLUCIÓN DEL JUICIO DE AMPARO COMO ÚNICA CONSTANTE: PERSPECTIVA DE UN <i>INSIDER</i>	387
---	-----

Fernando Silva García

6. LA DEFENSA NO JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

VISIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS HUMANOS DESDE LA PRAXIS DE LOS ORGANISMOS NO JURISDICCIONALES DE PROTECCIÓN	411
---	-----

Luis Raúl González Pérez

LA PROTECCIÓN NO JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: ¿DOCTRINA O POLÍTICA?	427
---	-----

Luis González Placencia

LA DEFENSA NO JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	451
--	-----

Nashieli Ramírez Hernández

7. LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

LA DEUDA CON LAS VÍCTIMAS	467
---------------------------	-----

Santiago Aguirre Espinosa

LA PRIORIDAD DE LAS VÍCTIMAS Y DOS LÓGICAS PARA DISEÑAR
SU REPARACIÓN 487

Andrea Guadarrama Prado, Pedro Pallares-Yabur

**8. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE DERECHOS HUMANOS
Y AMPARO EN MÉXICO DESDE MIRADAS LATINOAMERICANAS**

EL AMPARO CONSTITUCIONAL DESDE SUS ORÍGENES EN MÉXICO
HASTA SU DISEÑO EN EL PARADIGMA DEL *SUMA QAMAÑA* 507

María Elena Attard Bellido

LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA DEL 2011,
DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL PERUANA 531

César Landa Arroyo

LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA DE 2011 Y SUS LECCIONES
PARA UN NUEVO CICLO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO 547

Claudio Nash

PRÓLOGO

La reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos de México del año 2011 cumple una década. En este año tan significativo de aniversario y de celebración, por la protección efectiva de los derechos humanos en México, es un honor para el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer presentar la obra *Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación*.

El 11 de junio de 2011, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el cual se modificaba la denominación del capítulo I del título primero y se reformaban varios de los artículos de la Constitución mexicana (1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105). Con la reforma se incorporaron con rango constitucional los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México y, además, se constitucionalizó el principio *pro persona*, que guía en adelante la interpretación y la aplicación de diferentes normas en materia derechos humanos, así como la resolución de los conflictos entre normas. Además, se introdujo la obligación para todas las autoridades mexicanas, sin distinción alguna, de cumplir con la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. En caso de violaciones de estos derechos, el Estado mexicano tiene el deber de investigar, sancionar y reparar dichas vulneraciones.

Por todo esto, la reforma de 2011 no solo constituye un verdadero cambio de paradigmas en el modo de entender las relaciones entre las autoridades mexicanas y la sociedad —ya que coloca a la persona como el fin de todas las acciones gubernamentales—, sino, más allá de esto, representa el avance jurídico más importante y vanguardista que ha tenido México para promover el efectivo goce y ejercicio de los derechos humanos, desde la adopción de la Constitución mexicana en el año

1917. Y, lo que es igualmente significativo, permite una redefinición de la relación entre los poderes públicos y el Poder Judicial mexicanos y, particularmente, con los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, además que fertiliza el diálogo jurisprudencial entre pares respecto de los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos.

Si bien esta reforma constituyó un avance enorme en la materialización de los derechos humanos en México, lo que es innegable es que tampoco ha podido garantizar un mundo perfecto. Pese a esta reforma, y debido también a la crisis sanitaria desatada por el covid-19 —que provocó asimismo una crisis económica—, persiste la incapacidad de controlar tanto la violencia provocada por el crimen organizado como los escándalos de corrupción, al igual que la falta de movilidad social y un acceso discriminatorio a las prestaciones básicas. En el listado de desafíos habría que añadir algunos que se plantean a la humanidad en su totalidad y que requieren de respuestas concertadas, como son, entre otros, el deterioro de los ecosistemas, el cambio climático y los impactos sociales que vislumbran las revoluciones bio-infotecnológicas.

Por ende, si bien la Constitución mexicana, con las modificaciones introducidas en el 2011, dispone de un catálogo de derechos y un abanico amplio de instrumentos constitucionales, ahora también regionales e internacionales, para enfrentar los desafíos mencionados, subsisten los retos en la implementación eficiente de estos principios y herramientas. De modo que es en la implementación donde debería enfocarse el compromiso del poder público mexicano, que incluye todo el Poder Judicial y la sociedad civil.

Y es justamente con el espíritu de aportar a la materialización efectiva de los derechos humanos, universales en su aplicación, que elaboramos esta importante obra. Este texto fue desarrollado con la idea de alumbrar la reforma, a los diez años de su implementación, desde diferentes aristas y perspectivas, por parte de académicos, operadores jurídicos y representantes de la sociedad civil, para reflexionar sobre las consecuencias y el impacto que ella ha tenido y sigue teniendo, así como discutir sobre los retos que todavía se presentan, para que los mandatos de la Constitución se conviertan en realidad.

A pesar de los avances encontrados por los estudiosos del derecho constitucional en la Constitución mexicana de 1917, solo hasta las reformas y desarrollos alcanzados en la reforma de 2011 fue posible identificar los avances del derecho internacional en la protección, garantía y cumplimiento de los derechos humanos en México. Por ello, los capítulos de la presente obra hacen un recorrido por los principales ejes de impacto en materia de inclusión, interpretación y aplicación de la reforma de 2011 en México —como un primer espacio de observación

acerca de los primeros diez años de vigencia de la reforma en materia de derechos humanos y amparo— y, posteriormente, exploran los diferentes enfoques sobre la atención y reparación de las víctimas, la perspectiva de género en los procesos judiciales y las nuevas formas de defensa no jurisdiccional de los derechos humanos.

Los capítulos de la obra superan las expectativas de quienes trabajamos en la región y conocemos los procesos de reforma a la Constitución en el contexto latinoamericano. Por ende, estamos convencidos de que esta publicación será, sin duda, de gran utilidad y aportará en la construcción de futuros escenarios de análisis, implementación de derechos humanos e incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en los países del continente.

Como materialización de la visión que teníamos los coordinadores de la obra, esta constituye asimismo un homenaje a los avances y logros alcanzados en los últimos diez años en México. En ese sentido, sus autores analizan y visualizan en sus artículos los adelantos en materia de interpretación, incorporación y aplicación de los derechos humanos, el juicio de amparo y otras perspectivas de los derechos y garantías en la región. Por lo tanto, invito a compartir, leer y continuar construyendo a partir de sus textos. Y es que quienes han colaborado en la publicación no solo hacen un análisis retrospectivo, ya que también visualizan los retos y desafíos que tiene la Constitución mexicana en el proceso de apertura a la incorporación de disposiciones internacionales, sobre todo del sistema interamericano de derechos humanos, en el derecho constitucional.

En definitiva, esta publicación —realizada conjuntamente entre el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM) y Tirant lo Blanch México— procura dar ideas a los diferentes sectores de la sociedad mexicana y a los académicos de la región para continuar con la labor de seguimiento e implementación de las disposiciones y el cumplimiento de los principios del Estado de derecho, la democracia y el respeto de los derechos humanos. Esta troica, para nosotros, permanece incuestionable, pese a los vientos en contra que se sienten en toda la región, o precisamente por ello. Las aportaciones, junto con el arduo trabajo de los coordinadores de esta obra, convierten el contenido del libro en una guía de identificación y posible abordaje de desafíos constitucionales restantes en México y un ejemplo de aplicación para los demás países de la región.

Desde la Fundación Konrad Adenauer, agradecemos la participación de expertas y expertos de derecho constitucional y del derecho internacional de derechos humanos de altísimo renombre en México y más allá de este hermoso país. El libro es el crisol de sus perspectivas en los ejes principales de la reforma a la

Constitución y la visión conjunta sobre los retos que tiene el derecho constitucional mexicano en un futuro próximo. Además, agradecemos enormemente el arduo trabajo de los coordinadores académicos: Magdalena Cervantes Alcayde, Ricardo Sepúlveda, Carlos María Pelayo Moller y Guillermo Enrique Estrada Adán. Sin sus visiones y su compromiso y, sobre todo, sin su excelencia académica, esta obra no hubiera sido posible.

El libro representa una pieza en el mosaico del Estado democrático y social de derecho, al facilitar la aplicación efectiva de los derechos humanos consagrados en la Constitución mexicana y más allá, labor que está en las manos de cada uno de nosotros, como operadores jurídicos, jueces, abogados, defensores de derechos humanos, académicos o cooperación internacional. Pero también como políticos y empresarios, como ciudadanos y, en general, en los muchos otros papeles que jugamos en nuestras familias, sociedades y Estados. Y, al final del día, como seres humanos. La defensa de los derechos humanos significa una responsabilidad y un reto compartido que trascienden el mundo jurídico, no solo en México. Se trata de tomar una actitud solidaria y democrática y asumir responsabilidades, creyendo en el bienestar común. Los derechos humanos son universales: de todos y todas y para todos y todas. Esperamos que el humilde aporte de este libro conduzca a que actuemos en correspondencia con sus análisis y propuestas y a que los propósitos de la reforma de 2011 se materialicen de manera efectiva.

MARIE-CHRISTINE FUCHS

Directora, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer

SIGLAS Y ACRÓNIMOS

- Acnur** Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
- ADR** Amparo Directo en Revisión
- Ancejub** Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados
- CADH** Convención Americana sobre Derechos Humanos
- CAT** Convention against Torture [Comité contra la Tortura]
- CDESC** Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- CDHCM** Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México
- CDHDF** Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal
- CDMX** Ciudad de México
- CDN** Convención de Derechos del Niño
- CED** Comité contra la Desaparición Forzada
- CEAV** Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas
- Cedaw** Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women [Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer]
- CEDH** Corte Europea de Derechos Humanos
- Centro Prodh** Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez A.C.
- Cepal** Comisión Económica para América Latina y el Caribe
- CERD** Committee on the Elimination of Racial Discrimination [Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial]
- CFPC** Código Federal de Procedimientos Civiles
- CGPJ** Consejo General del Poder Judicial
- Ciadi** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
- CIDE** Centro de Investigación y Docencia Económicas
- CIDH** Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- CIJT** Centro Internacional para la Justicia Transicional
- CJF** Consejo de la Judicatura Federal
- CMDPDH** Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos
- CMW** Committee on Migrant Workers [Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios]
- CNA** Comisión Nacional Agraria
- CNB** Comisión Nacional de Búsqueda
- CNDH** Comisión Nacional de los Derechos Humanos

- CNPP** Código Nacional de Procedimientos Penales
- Cofece** Comisión Federal de Competencia Económica
- Cofemer** Comisión Federal de Mejora Regulatoria
- Cofepris** Comisión Federal para la Prevención contra Riesgos Sanitarios
- Conabio** Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad
- Conacyt** Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología
- Conafor** Comisión Nacional Forestal
- Conagua** Comisión Nacional del Agua
- Conamed** Comisión Nacional de Arbitraje Médico
- Conapred** Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación
- Conasupo** Compañía Nacional de Subsistencias Populares
- Condusef** Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros
- Coneval** Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social
- Corte IDH** Corte Interamericana de Derechos Humanos
- CPCo** Código Procesal Constitucional
- CPEUM** Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- CRC** Committee on the Rights of the Child
 [Comité de los Derechos del Niño]
- CRPD** Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad
- DCP** Declaración Constitucional Plurinacional (Bolivia)
- DD. HH.** Derechos humanos
- DESC** Derechos económicos sociales y culturales
- Desca** Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales
- DIDH** Derecho internacional de los derechos humanos
- Ecosoc** Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
- Edomex** Estado de México
- EPU** Examen Periódico Universal
- Faari** Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral
- Femospp** Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado
- FGR** Fiscalía General de la República
- Flacso** Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales
- FODA** Fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas
- Fovissste** Fondo de la Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado
- GIEI** Grupo Interdisciplinario de Expertos y Expertas Independientes
- Iccal** *Ius Constitutionale Commune* en América Latina
- ICCPR** International Covenant on Civil and Political Rights
 [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos]
- ICTJ** International Center for Transitional Justice

- IFAI Instituto Federal de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales
- IFE Instituto Federal Electoral
- IFT Instituto Federal de Telecomunicaciones
- IJ Instituto de Investigaciones Jurídicas
- IMDHD Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia
- IMSS Instituto Mexicano del Seguro Social
- INAI Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales
- INE Instituto Nacional Electoral
- Inegi Instituto Nacional de Estadística y Geografía
- NER Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias
- Infonavit Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores
- INPI Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas
- Issste Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado
- Iteso Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente
- LFRA Ley Federal de Responsabilidad Ambiental
- LGAPCEA Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista
- LGBTIQ+ Lesbiana, Gay, Bisexual, Transgénero, Transexual, Travesti, Intersexual y Queer
- LGV Ley General de Víctimas
- LPA Ley de Procedimientos Administrativos
- LRPCAP Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político
- MRTA Movimiento Revolucionario Túpac Amaru
- Napioc Naciones y Pueblos Indígenas Originarios Campesinos
- OACDH Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos
- OCDE Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
- OEA Organización de los Estados Americanos
- OHCHR Office of the High Commissioner for Human Rights
- OIT Organización Internacional del Trabajo
- OMC Organización Mundial del Comercio
- OMS Organización Mundial de la Salud
- ONU Organización de Naciones Unidas
- OPDH Organismos Públicos de Defensa de los Derechos Humanos
- OTAN Organización del Tratado del Atlántico Norte
- PGR Procuraduría General de la República
- PIDCP Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos
- Pidesc Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

PJF	Poder Judicial de la Federación
Prodecon	Procuraduría de la Defensa del Contribuyente
Profeco	Procuraduría Federal del Consumidor
Profepa	Procuraduría de la Defensa del Ambiente
Renavi	Registro Nacional de Víctimas
RNPDNO	Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas
RUV	Registro Único de Víctimas
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SCOTUS	Supreme Court of the United States
SCP	Sentencia Constitucional Plurinacional
Segob	Secretaría de Gobernación
Semarnat	Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales
SEP	Secretaría de Educación Pública
Seridh	Sistema para el Seguimiento y Atención de Recomendaciones Internacionales en materia de Derechos Humanos
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público
Sida	Síndrome de inmunodeficiencia adquirida
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SNAV	Sistema Nacional de Atención a Víctimas
SNB	Sistema Nacional de Búsqueda
SNDIF	Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia
SNI	Sistema Nacional de Investigadores
SRE	Secretaría de Relaciones Exteriores
SSP	Seguridad Pública Federal
Sunat	Superintendencia Nacional de Administración Tributaria
TCC	Tribunales Colegiados del Circuito
TCFA	Tribunal Constitucional Federal Alemán
TCP	Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia)
TDAH	Trastorno por Déficit de Atención con Hiperactividad
TEPJF	Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
UARIV	Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
Unicef	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
UNCAT	Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment [CAT]
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito]
VIH	Virus de inmunodeficiencia humana

1.

LA TRANSFORMACIÓN CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LAS REFORMAS EN DERECHOS HUMANOS Y AMPARO DE 2011

COMENTARIO SOBRE DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA PENAL EN LA CONSTITUCIÓN, A DIEZ AÑOS DE LA REFORMA DE 2011

Sergio García Ramírez*

RESUMEN

Este texto, sobre la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos y sus conexiones e implicaciones, toca algunos temas de la actual regulación penal constitucional que inciden en los derechos humanos y han suscitado fuertes cuestionamientos. Se considera la estrecha y siempre compleja y delicada relación entre los derechos humanos y el sistema penal, donde ellos enfrentan la mayor presión. El marco constitucional vigente, que debe atender las avanzadas orientaciones, los valores y los principios aportados por la reforma constitucional de 2011 (punto de referencia para el conjunto), recoge disposiciones de 2008 que cubren muchos temas y revisiten suma importancia, y las derivadas de nuevos cambios constitucionales promovidos en 2018 e introducidos en 2019. De esta regulación derivan los ordenamientos secundarios penales procesales y de ejecución de penas, que deben ser igualmente analizados desde la perspectiva de los derechos humanos. Hay tensiones e incluso colisiones evidentes entre las ideas que presidieron la reforma de 2011 y algunas disposiciones de las reformas de 2008 y 2019. Estas colisiones atañen principalmente, pero no con exclusividad, al régimen de medidas cautelares y a otros procedimientos adoptados para combatir formas graves de criminalidad e impedir el aprovechamiento de recursos de procedencia ilícita. El autor se refiere a la militarización de la seguridad pública y al énfasis que se ha puesto en los órganos federales de seguridad, con menoscabo de las instancias locales y municipales. En este artículo se invoca tanto la normativa constitucional mexicana como los criterios sobresalientes de la jurisdicción interamericana de derechos humanos aplicables en este ámbito.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Profesor emérito de la Facultad de Derecho UNAM. sgrijunam@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

Este texto, destinado a una obra colectiva sobre la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, se refiere a algunos temas de la actual regulación penal constitucional que inciden en los derechos humanos y han suscitado fuertes cuestionamientos. Aquí se considera la estrecha y siempre compleja y delicada relación entre los derechos humanos y el sistema penal. El marco constitucional vigente, que debe atender las avanzadas orientaciones, los valores y los principios aportados por la reforma constitucional de 2011 –punto de referencia para el conjunto–, recoge disposiciones aportadas en 2008 –que cubren muchos temas y revisten suma importancia– y las derivadas de nuevos cambios constitucionales promovidos en 2018 e introducidos en 2019. De esta regulación derivan los ordenamientos secundarios penales procesales y de ejecución de penas, que deben ser igualmente analizados desde la perspectiva de los derechos humanos. Hay tensiones e incluso colisiones evidentes entre las ideas que presidieron la reforma de 2011 y algunas disposiciones de las reformas de 2008 y 2019. Estas colisiones atañen principalmente, pero no exclusivamente, al régimen de medidas cautelares y a otros procedimientos adoptados para combatir formas graves de criminalidad e impedir el aprovechamiento de recursos de procedencia ilícita. El autor se refiere a la militarización de la seguridad pública y al énfasis que se ha puesto en los órganos federales de seguridad, con menoscabo de las instancias locales y municipales. En este artículo se invoca tanto la normativa constitucional mexicana como los criterios sobresalientes de la jurisdicción interamericana de derechos humanos aplicables en este ámbito.

II. DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA PENAL EN LA CONSTITUCIÓN

Este texto ofrece un comentario sobre los derechos humanos en el marco constitucional, tomando en cuenta la reforma constitucional de 2011, y forma parte de un trabajo mayor en torno a esta materia. Dentro de los límites asignados a este comentario, del que hemos excluido las referencias y notas a pie de página que figurarán en aquel trabajo más amplio, menciono algunas novedades importantes que inciden en derechos humanos y afectan los postulados del orden penal propio de una sociedad democrática.

Consideremos ante todo la reforma de 2008 y en seguida las reformas incorporadas en 2019. Las aportaciones de aquella debieron ser revisadas conforme a la letra y al espíritu de 2011, que también debió presidir los textos de 2019. Seguimos echando de menos una verdadera política pública de seguridad y justicia, con fundamento democrático y cimiento constitucional, depurada de elementos que la desvíen de este designio.

La reforma de 2011 en materia de derechos humanos ha sido la más relevante en su materia a partir de 1917. En ella cristalizaron propuestas anteriores que no ascendieron al peldaño constitucional. Reafirmó el paradigma establecido en el Decreto Constitucional de Apatzingán de 1814 (artículo 24) y reiterado por la Constitución de 1857 (artículo 1o.).

Aquí me refiero a la justicia penal, tomando en cuenta el horizonte de la normativa de esta especialidad, inscrita en un gran proyecto antropocéntrico que ha caracterizado al orden jurídico constitucional de los últimos dos siglos. Bajo este signo se inscriben todas las reformas constitucionales practicadas en años recientes: cada una pretende avanzar en dirección a la justicia penal, removiendo obstáculos y errores. Bien que así sea, aunque no siempre se consiga y en ocasiones se retroceda, como se verá en este comentario, en el que solo abordaré algunos temas penales que repercuten intensamente en la regulación y la práctica de derechos humanos.

Hay inconsecuencias notorias entre la orientación de la reforma de 2011 y la que caracterizó algunas disposiciones provenientes de la reforma de 2008, así como la que identifica varios cambios posteriores a 2011. Reconozco los grandes pasos adelante que aportó la reforma de 2008, pero no pierdo de vista las desviaciones que anidaron en ella, agravadas en 2019. A partir de este señalamiento, sostengo la necesidad de reconsiderar y corregir, al amparo de las ideas rectoras de la reforma de 2011, varias soluciones penales que constan en la Constitución. Así satisfaríamos el persistente propósito de progresar en el respeto y la garantía de los derechos humanos vinculados con la justicia penal.

En el ámbito que ahora nos interesa se agita el encuentro entre el Estado poderoso y el ciudadano común, equipado con derechos y libertades frecuentemente nominales. Es este el campo donde se plantean los más arduos dilemas y las más severas tensiones entre democracia –con raíz liberal– y autoritarismo. De hecho, la solución de estas tensiones ha nutrido el propósito del Poder Revisor de la Constitución, que invoca tanto la seguridad de la sociedad como el respeto de los derechos humanos. Un falso dilema propuesto en este ámbito plantea la opción entre dos extremos “inconciliables”: derechos humanos y democracia, en un extremo, y seguridad pública, en el otro. De esta alternativa ominosa proviene la adopción de medidas preventivas y punitivas que afectan los derechos humanos e implican un retroceso histórico. Me referiré a ciertas consecuencias de esta falacia, que entrañan tensión entre esas medidas y las ideas de la reforma de 2011.

En este examen conviene recordar que la reflexión sobre el orden penal contribuyó a delinear el modelo del Estado de derecho.¹ Atraigo de nueva cuenta la

¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3 ed., Madrid, Trotta, 1998, p. 24.

idea que gobierna la materia desde el final del siglo XVIII, rectora de la justicia penal ilustrada: la ley penal –y, a la cabeza, la regulación penal constitucional– revela con fidelidad el talante liberal o autoritario de una sociedad,² que se proyecta en el régimen de los derechos humanos. De ahí la enorme importancia de aquella a la hora de declarar los derechos fundamentales de los ciudadanos y la trascendencia de cuidar con esmero –que no siempre hemos aplicado– el diseño del sistema penal, como dijeron con empeño los reformadores ilustrados del siglo XVIII³ y los forjadores de la república entonces asediada –como ahora– por el crimen y la injusticia.⁴

Los tropiezos que ha padecido la normativa penal constitucional no son apenas característicos de nuestro país o de nuestro tiempo. Se han observado dondequiera. Hay una incisiva mirada sobre las desviaciones que implican un retorno al pasado autoritario y traen consigo nuevas presiones sobre los derechos básicos de los ciudadanos y el quehacer del poder público. Las antinomias y los dilemas se hallan a flor de piel.

III. LOS SIGNOS DE LAS REFORMAS

El ímpetu reformador de la preceptiva penal constitucional en México se volcó primordialmente en la porción dogmática de la ley suprema, donde residen los derechos humanos de fuente interna. Adquirió intensidad a partir de 1993. Hubo reformas anteriores, con perfil liberal, pero la gran mayoría de las reformas se produjo a partir de ese año y no han cesado a lo largo de las últimas décadas.

En estos años llegaron las copiosas reformas de 2008, así como las modificaciones de 2011, menos numerosas en lo atinente a la justicia penal. El mayor peso corresponde, en fin de cuentas, tanto a las reformas de aquel año como a las adoptadas después de 2011. Como señalé, debemos ponderar la congruencia entre la letra y el espíritu de 2011, que expresan nuestra actual convicción acerca de los derechos humanos, y los mismos extremos en varias fórmulas de la reforma constitucional de 2008 y de las posteriores a 2011. Esta ponderación muestra inquietantes retrocesos.

La evolución en el ámbito de los derechos humanos en materia penal ha corrido por varias etapas desde el final del siglo XVIII. Hoy tienen notable presencia

² Beccaria, César, *De los delitos y de las penas*, 2 ed., estudio introductorio de S. García Ramírez, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 226.

³ Lardizábal y Uribe, Manuel, *Discurso sobre las penas*, México, Porrúa, facsimilar, p. III.

⁴ Otero, Mariano, “Indicaciones sobre la importancia y necesidad de la reforma de las leyes penales”, en *Obras*, t. II, México, Porrúa, 1967, pp. 653-654.

las alternativas al proceso. El horizonte de esa evolución, en sus expresiones más relevantes para el arraigo y la tutela de los derechos primordiales, apunta hacia el derecho penal mínimo: empleo limitado, racional y proporcional de los medios penales como instrumento de control social.

A esta orientación general de la justicia penal se ha referido la doctrina de raíz liberal y democrática, y a ella se ha sujetado nominalmente la reforma penal constitucional. La misma orientación consta en la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. En el impulso y la valoración de estos procesos surge la opción por el “garantismo” que ampara el primado de los derechos humanos en la regulación penal. Empero, la justicia penal mínima se ha visto alterada y detenida en las diversas reformas penales que ingresaron al orden jurídico mexicano en 2008, sin corrección oportuna en 2011, y han persistido y aumentado en años posteriores.

IV. EL PROCEDIMIENTO

Por lo que toca al sistema procesal, es preciso advertir, como lo hizo el presidente de Chile al promover la reforma procesal penal, que “los sistemas de enjuiciamiento criminal son los más elocuentes indicadores del grado de respeto por los derechos humanos de las personas que existe en un ordenamiento estatal o, dicho de otro modo, que el autoritarismo se revela en la forma en que los poderes públicos encaran el reproche a las conductas desviadas o a las formas de comportamiento anómico”. Vale recordar aquí la expresión elocuente de un insigne jurista: “El Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado”.⁵

En las últimas décadas hemos presenciado un gran proceso internacional de reforma que pretende alojar en este espacio fórmulas de mayor justicia y arraigar el imperio de los derechos humanos en la lucha contra el crimen, la investigación de los delitos y el enjuiciamiento de sus autores. Esta reforma procesal ha prosperado en Europa y avanzó con fuerza en varios países de América Latina, aunque no es posible emitir un juicio generalizador y terminante sobre sus bondades. Asimismo, han adquirido notable impulso las alternativas al proceso, que son el verdadero signo distintivo de la reforma procesal en México, a partir del peldaño constitucional.

Se requiere una nueva mirada sobre el sistema adoptado por la Constitución, como lo propuso la Conferencia Internacional auspiciada por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), de la que provinieron los *Elementos para*

⁵ Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, 25 ed., Buenos Aires, Del Puerto, 2000, p. 10.

la construcción de una política de Estado para la seguridad y la justicia en democracia. Según puntualizaron es preciso tomar en cuenta

... tanto la eficacia verdadera de las soluciones procesales planteadas —a la luz de las circunstancias y las experiencias reunidas hasta ahora— como la inclusión de figuras regresivas, incompatibles con el marco democrático, e incluso incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos, adoptado claramente por la propia Constitución a través de las reformas de 2011.⁶

La reforma del procedimiento penal en sede constitucional, con sus derivaciones secundarias, es una de las consecuencias más notorias de la “democratización” política en América Latina, de la marcha procesal en otros países —especialmente, Estados Unidos—, que ha inspirado o impulsado algunos pasos en los nuestros, y de las tendencias modernizadoras provenientes del desenvolvimiento de la doctrina del proceso. Este hecho se ha reconocido en los documentos promotores o receptores de las reformas, que repercuten en el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos. Estos son el “mascarón de proa” de los avances, pero también se han visto afectados por los retrocesos.

El rediseño del procedimiento penal ha pasado por el debate entre las corrientes inquisitiva y acusatoria del enjuiciamiento. En el encuentro entre esas corrientes se carga o se retira el acento sobre el conjunto de los derechos reconocidos a los participantes en el proceso y los poderes atribuidos a las instancias públicas que intervienen en este campo. Todo ello incide, obviamente, en la normativa de los derechos humanos. Se dijo con énfasis que el sistema penal mexicano se hallaba dominado por la corriente inquisitiva, adversa a los derechos y las garantías del imputado. Salieron al paso algunas rectificaciones, sea recordando que el texto constitucional de 1917 —en sus términos estrictos— había optado por el sistema acusatorio sea destacando la prevalencia del orden mixto,⁷ con énfasis diverso.

La reforma de 2008 proclamó la adopción del sistema acusatorio y redefinió la recepción constitucional de los derechos del imputado y el ofendido —o víctima—, siguiendo en este último punto los progresos aportados por giros constitucionales previos. Elevó al rango constitucional el desacierto traído por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 1996, a saber: la bifurcación del

⁶ VV. AA., *Elementos para la construcción de una política de Estado para la seguridad y la justicia en democracia. Hacia una política de Estado en los albores del Tercer Milenio*, México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.

⁷ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Panorama del Derecho mexicano. Síntesis del Derecho procesal*, México, IJ-UNAM, 1966, p. 230; y *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, 3 ed., México, IJ-UNAM, 1991, p. 78.

procedimiento penal (que finalmente sería “trifurcación”, si se considera además la privación de dominio, que adelante mencionaré).

Tal bifurcación o reconstrucción del procedimiento constituye un nuevo orden que opera directamente sobre los derechos humanos en el ámbito penal, no apenas sobre extremos técnicos del enjuiciamiento: por una parte, un procedimiento ordinario para la generalidad de los casos; por la otra, un procedimiento específico, con derechos reducidos y garantías acotadas, para los (presuntos) responsables de determinados delitos. Es así que se reconsidera el conjunto de los derechos humanos en materia penal, a través de una versión del llamado derecho penal del enemigo, destinado a la neutralización de sujetos peligrosos que “se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del derecho”.⁸

El desbordamiento que implica el derecho penal del enemigo queda de manifiesto cuando la norma penal sanciona actos anteriores a la materialización del propósito criminal de los asociados en el supuesto de delincuencia organizada, como ocurrió en México bajo la legislación especial de 1996. Diré desde ahora, a reserva de las precisiones que figuran *infra*, que esta reconsideración de los derechos humanos sube de punto a través de las modificaciones en materia de medidas cautelares y extinción de dominio.

Varias redefiniciones acogidas en 2008 y conservadas en años posteriores aportaron algunas de las mayores novedades plausibles de la reforma procesal penal. Empero, el examen serio y acucioso del procedimiento obliga a destacar, como efectivamente se ha hecho, tanto los aciertos como las sombras de ese sistema —en alguna de sus vertientes—; así, la denominada adversarial, siempre sin mengua de sus luces, acentuadas por los analistas del sistema. En todo caso, el debate no ha concluido.

En esa deliberación y en la polémica que aquí se agita figura una cuestión mayor: el signo genuino de la reforma procesal penal de 2008, mantenida en 2011 y en 2019. Se dice que la reforma ha transitado bajo las banderas del garantismo, el sistema acusatorio y los juicios orales, a los que se ha llamado “joya de la corona del sistema adversarial”. Ahora bien, la realidad contradice parcialmente esta reiterada opinión. Es cierto que la reforma de 2008, que incorporó numerosas fórmulas plausibles, amplió el catálogo de los derechos básicos de los justiciables y dio pasos adelante en la organización del procedimiento bajo principios de corte liberal, pero también es verdad que retrajo algunos derechos y garantías del imputado. En el proceso de adopción de la reforma se elevaron voces que

⁸ Jakobs, Günther y Cancio Melia, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, esp. pp. 19-47.

cuestionaban los “falsos garantismos”. Este fue un eco del movimiento crítico en contra del llamado “hipergarantismo”, cuya impugnación puede engendrar un viraje hacia el “infragarantismo”, extremos en la consideración constitucional, secundaria y práctica de los derechos humanos.

La más visible afectación de los derechos previamente reconocidos al imputado fue la posible intervención penal del Estado cuando aún no se cuenta con elementos que sustenten esa temprana e intensa injerencia en el espacio de la libertad. En el dictamen de los diputados sobre la reforma constitucional de 2008 –documento de importancia capital para establecer los rasgos distintivos de aquella– se alude abiertamente a la reducción de estándares probatorios procesales. Esta merma de derechos primarios se podría corregir –dijo el dictamen– ante el juzgador, que valorará, en su hora, el conjunto del material probatorio que sustente la sentencia. Pero no se tomó en cuenta que esta rectificación ante el tribunal operará al final del proceso, cuando el inculcado ha padecido las consecuencias de un procedimiento infundado e incluso el rigor de una prisión preventiva carente de sustento.

Por otra parte, el nuevo orden procesal adoptado en 2008 introdujo la preferencia por las soluciones compositivas, consensuales, que han devenido la verdadera insignia del nuevo sistema, con todo lo que ello implica. Esta reorientación de la justicia penal –que tiene motivos prácticos y fue saludada con beneplácito– deposita la solución del litigio en la voluntad de los sujetos de este o sus representantes.

Es preciso tomar en cuenta, al lado de los argumentos favorecedores de la reorientación acogida en 2008, que el acuerdo de voluntades –de carácter vertical u horizontal– no desemboca por fuerza en soluciones justicieras que satisfagan los derechos proclamados en el texto constitucional. Hay posibles o seguros desequilibrios entre quienes promueven y aceptan estos acuerdos. El fortalecimiento del Ministerio Público no trae consigo, necesariamente, el verdadero reconocimiento del derecho de acceso a la justicia (material) por parte del inculcado o de la víctima del delito.

Bajo el imperio de aquellas soluciones compositivas, ampliamente cuestionadas por un importante sector de la doctrina, puede padecer la justicia y sufrir menoscabo tanto el derecho del imputado como el derecho de la víctima. Por ello afirmamos, *supra*, que el debate no podría concluir mientras no contemos con una experiencia suficientemente acreditada que haga luz sobre todos los extremos en juego. Estamos lejos de haber llegado a ese punto, aunque ya se cuente con estadísticas frecuentes que exponen los términos cuantitativos del nuevo régimen. En los méritos cualitativos residiría la genuina observancia de los derechos humanos: a la cabeza, el acceso material a la justicia.

Otro punto que interesa convocar, por sus implicaciones en la vigencia efectiva de los derechos humanos –no solo en la distribución de facultades en el sistema federal– es la concentración o la dispersión del ordenamiento penal en el marco de la república federal, con sus varias consecuencias. Este marco ha sido modificado por la aparición de las leyes generales en el ámbito penal –entre otros–, que altera las competencias y, por ende, las relaciones entre el individuo y el poder público. Este asunto no es ajeno a los derechos del individuo: estos pueden quedar al garete en la dispersión que prevaleció –y persiste en el orden sustantivo–. Las soluciones heterogéneas y los foros de conveniencia no son el mejor escenario para el respeto y la garantía de los derechos humanos.

Se ha corregido y reencauzado la marcha en las materias procesal y ejecutiva, pero sigue pendiente en el ámbito en el que debió comenzar: el penal sustantivo. Persiste la heterogeneidad en el tratamiento de esta materia, que no corresponde a la recepción constitucional de los principios de igualdad ante la ley y proporcionalidad en la aplicación de las penas. Obviamente, la diversidad de normas sobre tipos penales y punibilidades, entre otros extremos, entraña riesgos o de plano lesiona derechos del individuo, expuesto a la incertidumbre, y desde luego vulnera, en el seno de una misma nación, el principio de igualdad ante la ley. Además, esa heterogeneidad normativa quebranta la regla de proporcionalidad estatuida en una Constitución que rige el país en su conjunto.

V. FUENTES DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2019

Recientemente se proclamó un Plan Nacional de Paz y Seguridad para el periodo 2018-2024. La reorientación de los temas que ahora nos interesan figura en ese Plan y en sus derivaciones inmediatas: el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2024 y la denominada Estrategia Nacional de Seguridad Pública, así como en las reformas constitucionales emprendidas en 2018 y proseguidas en 2019.

El Plan Nacional de Paz ha conducido las novedades constitucionales, legales e institucionales a partir de 2019. Pone el acento en el “pleno respeto y promoción de los derechos humanos”. Reprueba las violaciones a tales derechos consumadas mediante una política de seguridad pública que cayó en la “tentación de restablecer la legalidad con métodos violatorios de los derechos humanos”, tentación a la que se califica –con razón– como “absurda, moralmente inaceptable y contraproducente”. El Plan denuncia la impunidad prevaleciente (factor de violación de derechos, que por ello ha preocupado a la jurisprudencia interamericana de los derechos humanos), reclama el cumplimiento de las recomendaciones formuladas por las Comisiones de Derechos Humanos y propicia la revisión de la

normativa penal. Sin embargo, la impunidad persiste y abundan las violaciones de los derechos humanos.

El Plan Nacional de Desarrollo no aportó novedades al horizonte trazado por el Plan Nacional de Paz y Seguridad. Mayor detalle proveería la Estrategia Nacional de Seguridad Pública del Gobierno de la República, planteada por el Ejecutivo y aprobada por la Cámara de Senadores. Contiene diversas alusiones, explícitas o implícitas, al imperio de los derechos humanos y las condiciones de vida y justicia que lo favorecen.

Adelante me ocuparé en describir y analizar algunos productos de estos instrumentos político-jurídicos, cuya concreción en el plano de las reformas constitucionales ha traído consigo afectaciones y retrocesos en materia de derechos humanos. En esta dirección, pasaré revista específicamente a las reformas constitucionales fincadas en 2008 y desarrolladas después de 2011. Todas inciden en el dominio de los derechos humanos y entran en tensión o colisión con la ideología liberal y garantista de la reforma de 2011.

VI. FEDERALIZACIÓN Y MILITARIZACIÓN

Entre los puntos descollantes de la iniciativa del 20 de noviembre de 2018, primordial para el conjunto de reformas publicadas en 2019, figuró la exaltación de las potestades federales en materia de seguridad pública, a costa de la participación de las instancias locales. Esto implica un paso en la “federalización” de la seguridad pública, impugnada por las autoridades estatales y municipales que concurrieron al proceso de reforma. Asimismo, la iniciativa destacó la participación de las Fuerzas Armadas en este ámbito y la creación de un nuevo órgano que releva a la Policía Federal y se integra con fuerte presencia militar: la Guardia Nacional. El Plan Nacional de 2018 propuso “repensar la seguridad nacional y reorientar a las Fuerzas Armadas”. Esta reorientación cobró vuelo en iniciativa de reforma del mismo año a varios preceptos constitucionales.

La militarización de la seguridad pública ha avanzado, pese a las recomendaciones provenientes de diversas instancias, que insisten en el deslinde entre las funciones militar y policial, y a la oposición de los defensores de los derechos humanos en el proceso mismo de la reforma constitucional. Esta acentúa la militarización de la seguridad pública, incluso a través de la explícita autorización al Ejecutivo para emplear las Fuerzas Armadas en tareas de este carácter. Diversos ordenamientos favorecen esta conversión que pone en riesgo la observancia de los derechos humanos.

Es importante señalar aquí que la jurisprudencia de la Corte Interamericana subraya las fronteras entre la función policial, esencialmente civil, y la función

militar, fronteras relevantes para la observancia de los derechos humanos en el difícil espacio de la seguridad y la justicia.

VII. RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD

La adopción de medidas cautelares en el curso del procedimiento penal constituye otro tema de gran importancia. Se reconoce y acepta la necesidad de echar mano de medidas indispensables para asegurar los fines de la justicia, aun antes de que se cuente con una decisión jurisdiccional sobre la existencia de hechos punibles y la responsabilidad de los imputados. La incertidumbre sobre estos extremos obliga a regular con gran cuidado esas medidas, tomando en cuenta la prevalencia de un derecho humano fundamental, que se resume como “presunción de inocencia” o “principio de inocencia”, y considerando igualmente la necesidad de preservar el proceso y asegurar la eficacia de la sentencia.

Entre las medidas cautelares figuran las restricciones al derecho a la libertad. Este tema aparece en la evolución del ordenamiento procesal mexicano a nivel constitucional y se ha reflejado intensamente en la regulación del arraigo, la prisión preventiva y la libertad provisional, libertad que debiera ser un dato característico del sistema acusatorio. La corriente dominante admite el uso excepcional de la restricción de la libertad cuando resulte verdaderamente necesaria para evitar que el imputado se sustraiga a la justicia o impida la marcha del proceso. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia interamericana. La normativa constitucional mexicana entra en pugna con estos criterios internacionales. La jurisprudencia de la Corte de San José ha definido los caracteres admisibles de la prisión preventiva en un Estado de derecho: legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, que ciertamente no prevalecen en nuestra normativa constitucional.

La reforma constitucional de 2008 alojó en la ley suprema dos modalidades de prisión preventiva: por una parte, la ponderada, sujeta a valoración del Ministerio Público, que la solicita, y del juzgador, que la autoriza; por otra parte, la necesaria, forzosa u oficiosa, que se aplica *ope legis* en determinados supuestos, sustraídos a la calificación del órgano acusador y del propio tribunal. Es notoria la contradicción que existe entre esta modalidad imperiosa de prisión preventiva y los principios inherentes al proceso penal de orientación liberal y al reconocimiento y la tutela eficaz de los derechos humanos.

La errónea medida cautelar adoptada en 2008 se extremó en la reforma constitucional de 2019. En esta se aludió expresamente al derecho penal del enemigo, que ha ganado territorios en las reformas penales constitucionales a partir de

2008, con el ominoso antecedente de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 1996.

Lejos de corregir el rumbo adoptado en 2008, la reforma de 2019 amplió el número de hipótesis para la aplicación de la prisión preventiva oficiosa, desvinculada de las condiciones del proceso en el que se aplica y del individuo cuya libertad se restringe. Pasa a constituir un instrumento de política criminal para prevenir delitos y sancionar —anticipadamente, se entiende— a los imputados por delitos graves o a quienes incurrir en conductas que merecen una enérgica actuación preventiva por parte del Estado. La preventiva oficiosa difiere de la razonada o ponderada, en la medida en que reduce o suprime facultades del órgano de acusación y, sobre todo, del órgano jurisdiccional. Se crea un peligro manifiesto: el uso de la vía penal para oprimir o menoscabar derechos individuales.

Debía llegar —y en efecto llegó— la normativa penal reglamentaria del precepto constitucional para establecer con detalle el régimen de aplicación de la preventiva oficiosa. Estas disposiciones de diversos ordenamientos aluden a los tipos penales mencionados en el artículo 19 constitucional. En varios casos, las caracterizaciones son excesivamente vagas o amplias, de forma que permiten al legislador incluir en los correspondientes epígrafes, a discreción, numerosas conductas cuya supuesta comisión trae consigo la privación cautelar de libertad. El problema proviene de la regulación constitucional y se agrava en la normativa reglamentaria.

El arraigo es una de las figuras más cuestionadas del procedimiento penal. No me refiero a la antigua medida que impide el traslado de una persona fuera del territorio en el que se lleva a cabo un juicio. Aludo a la institución aberrante propiciada por la Ley Federal contra la delincuencia organizada, que favoreció la privación cautelar de la libertad en un lugar de detención antes de que el Ministerio Público ejerza la acción penal. Esta forma anómala de prisión preventiva, que se utiliza en pleno período de investigación ante el Ministerio Público, ha sido objeto de numerosas impugnaciones. Su incorporación a la ley secundaria, con quebranto de la Constitución, fue “purgada” con el método más reprobable: incluir el arraigo en la Constitución.

VIII. PRIVACIÓN DE DOMINIO

Otra reforma constitucional cimentada en 2008, que ha subsistido después de 2011, se refirió a la denominada extinción de dominio, que entraña una nueva afectación de derechos humanos (inclusive de personas ajenas a un procedimiento penal). Para sustentarla se invocó la necesidad, inobjetable, de privar a los delinquentes de los medios para la comisión de delitos o de los rendimientos de estos.

Anteriormente, este designio preventivo, con implicaciones punitivas, se había atendido a través de medidas cautelares y sanciones penales: aseguramiento de recursos y decomiso, que son supuestos compatibles con los límites al derecho humano a la propiedad.

Para la fundamentación de la medida se aportó un extraño argumento convertido en norma constitucional: la privación o extinción de dominio no constituye una medida penal ni se desarrolla a través de un procedimiento de esta naturaleza, pese a que todos los supuestos de extinción tienen carácter delictuoso. Por lo tanto, las garantías del procedimiento penal –asociadas a la tutela de derechos humanos– no son aplicables cuando se trata de la extinción de dominio. Antes mencioné que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada bifurcó el sistema penal mexicano, abriendo una vertiente nueva al lado de la tradicional y ordinaria, apertura que acogió con diligencia la reforma constitucional de 2008: la relativa a delincuencia organizada y a otros sujetos que requieran “medidas especiales de seguridad”. Ahora bien, en realidad ha operado una trifurcación del procedimiento desde el peldaño constitucional, en la medida en que hoy existe, a despecho de los derechos básicos del imputado –o afectado por medidas de injerencia en su espacio de libertad– un tercer procedimiento de raíz y consecuencias penales –aunque no se le reconozca naturaleza penal–, que es el conducente a la privación o extinción de dominio.

La reforma constitucional de 2019 mantuvo la afectación irregular del derecho humano al respeto y la garantía del patrimonio e insistió en la inversión de la carga de la prueba sobre el origen de los bienes: no será el Estado quien compruebe el origen ilícito, sino el sujeto afectado, que deberá acreditar la legitimidad de ese origen. Agreguemos que la reforma de 2019 amplió considerablemente el catálogo de las hipótesis en que resulta aplicable la extinción de dominio.

IX. OTROS EXTREMOS Y DERIVACIONES

Me he ocupado solamente de algunos extremos del sistema constitucional sobre derechos humanos en materia penal, recogidos en la reforma de 2008, intocados por la de 2011 –que debió influir en la reconsideración de las afectaciones a esos derechos– y extremados por los cambios de 2019. La brevedad de este comentario me impide analizar otros cambios, entre ellos los incorporados en la normativa sobre adolescentes en conflicto con la ley penal, escenario de regresiones, y lo que ella implica en relación con los derechos humanos de estos sujetos. Se supuso –hace más de un siglo– que estos infractores habían salido para siempre del derecho penal, lo que de ninguna manera implica retirarles la consideración de

titulares de derechos y someterlos a la condición de objetos de protección. Aquí han entrado en colisión –sin insuperables razones de fondo– las corrientes denominadas “tutelar” y “garantista”. Hasta hoy, ha anidado en la Constitución una corriente “repenalizadora” de los menores de edad, merced a reformas de 2005 y 2015, esta última también inconsecuente con la ideología que presidió la reforma constitucional de 2011.

X. APORTACIONES DE LA REFORMA DE 2011

La reforma de 2011, cuya primera década estamos celebrando, alcanzó diversos temas de derechos humanos a lo largo de la normativa constitucional, a partir de fórmulas primordiales en el artículo 1o. No se trató, desde luego, de una reforma que cargara el acento en materia penal, pero contiene algunas aportaciones con impacto inmediato en este ámbito.

La primera de ellas, con indiscutible trascendencia –que efectivamente contribuyó a la formación de un “nuevo paradigma” constitucional– ha sido el franco reconocimiento, más allá de los antiguos términos restrictivos del artículo 133, de la doble fuente del orden jurídico nacional relativo a derechos humanos: por una parte, las disposiciones de origen interno; por la otra, las de origen internacional.

La reforma al artículo 1o. constitucional en torno a la doble fuente ha sido bienhechora. Incluyó en el más alto peldaño normativo el bloque de constitucionalidad (o parámetro de regularidad constitucional), un caudal de derechos y garantías provisto por el orden jurídico internacional. No han quedado dentro de esa recepción las declaraciones de derechos, pero han fluido hacia el “derecho supremo de la Unión” los tratados adoptados por México. Estos son varios y muy relevantes en lo que toca a derechos humanos y garantías pertinentes en materia penal, tanto a escala mundial como regional americana. Se abrió la puerta a una tutela más intensa y amplia de los derechos básicos del individuo.

Otra notable aportación de la reforma de 2011 tiene que ver con la ejecución penal en su dimensión penitenciaria. En varias ocasiones he manifestado que la convicción ética del Estado se refleja en el diseño recuperador, de signo humanitario o humanista, que se atribuye a la pena y que ha variado en el curso de sucesivas fórmulas constitucionales. La actual, fruto de la reforma de 2011, alude a la reinserción social del sentenciado y la prevención de la reincidencia, objetivos obviamente emparentados con la readaptación social que figuró en el texto constitucional. En fin de cuentas lo que interesa sobremanera es el respeto –eficiente, no apenas retórico– de la dignidad humana, concepto que se halla en el cimiento de los derechos humanos.

Llama la atención el catálogo de medios de los que se vale el ejecutor para alcanzar la reinserción del sentenciado, catálogo que también ha crecido a través de diversas reformas constitucionales. Hoy se dice que el “sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos”, entre otros datos. Es obvio que ese respeto no concierne solamente a la actuación del Estado en el sistema penitenciario, sino en todos los órdenes de la relación entre el poder público y el individuo. Por lo que hace a ese sistema, la jurisprudencia sobre derechos humanos puede jugar un papel sobresaliente.

La referencia explícita a la observancia de los derechos humanos en el mundo de las prisiones obedece a la “mala conciencia” sobre las sistemáticas, profundas y masivas violaciones de derechos humanos en ese ámbito, que han ocurrido dondequiera. Se trata de un espacio en el que es preciso emprender una intensa obra de rescate. Por lo demás, no podría olvidar aquí el manifiesto desacierto de la legislación reglamentaria sobre ejecución de sentencias, que atribuye a los derechos humanos contenidos en el artículo 18 de la ley suprema el carácter de “servicios” que el Estado proporciona al recluso, como si se tratara de la relación existente entre una empresa y sus clientes.

La reforma constitucional de 2011 previno la adecuación de diversos ordenamientos al nuevo marco provisto por la ley suprema. En artículos transitorios del decreto de reforma constitucional constan esas disposiciones a propósito de la revisión de ordenamientos secundarios. En la mayoría de los supuestos se dispuso un plazo de un año para incorporar las reformas o emitir las leyes pertinentes por parte de los órganos legislativos federal y locales, en sus casos. Estos mandamientos fueron generalmente desatendidos: el cumplimiento llegó después del año previsto por el Poder Revisor.

Todos los extremos abarcados por esas disposiciones son relevantes, pero amerita consideración especial la referencia al artículo 29 constitucional, cuya desatención tiene una “potencia lesiva” de grandes alcances en la medida en que trata de la suspensión de derechos o garantías del individuo. A diez años de la reforma constitucional y del mandato del Poder Revisor sobre la emisión de un ordenamiento reglamentario del artículo 29 –y otro tanto del artículo 33–, no contamos con ese ordenamiento, y acaso convenga más carecer de él, si la alternativa practicable es adoptar una ley reglamentaria mal diseñada que entrañe más problemas que soluciones. No sobra recordar que es posible suspender o limitar derechos humanos, que no son absolutos, como lo es “armonizar” derechos entre sí para dotarlos de eficacia, pero no “destruir el derecho o hacerle perder su carácter protector”, riesgo que acecha a la sombra de la reglamentación de un mandato constitucional.

Es acertada la consagración de un “núcleo duro” que no puede verse afectado por la suspensión y en el que se hallan diversos supuestos que podrían incidir directamente en la materia que ahora analizamos. Pero hay que considerar la preocupante ausencia del debido proceso, independientemente de la intangibilidad de los recursos tendientes a la tutela de derechos fundamentales, como el amparo. A este respecto, tómense en cuenta el número y la naturaleza de los derechos o garantías que concurren en el haz del debido proceso —a la cabeza de ellos el juzgador independiente, imparcial y competente—, que declinarían bajo el régimen de suspensión, si nos atenemos literalmente a los textos del artículo 29 de la Constitución mexicana y 27 del Pacto de San José.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ADATO GREEN, Victoria, “Comentarios a la Ley Nacional de Ejecución Penal”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio *et al.* (coords.), *Seguridad pública y justicia penal... ¿A dónde vamos?*, México, IJ-UNAM, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2017.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Panorama del Derecho mexicano. Síntesis del Derecho procesal*, México, IJ-UNAM, 1966.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, 3 ed., México, IJ-UNAM, 1991.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- ASTRAIN BAÑUELOS, Leandro Eduardo, “Regresiones penales: réquiem al Derecho penal humanista”, *Ciencia Jurídica*, Guanajuato, vol. 9, núm. 18, 2020.
- ASTRAIN BAÑUELOS, Leandro Eduardo, *El Derecho penal del enemigo en un Estado constitucional: especial referencia a México*, México, Marcial Pons, 2017.
- BECCARIA, César, *De los delitos y de las penas*, 2 ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- BERISTÁIN, Antonio y NEUMAN, Elías, *Criminología y dignidad humana (diálogos)*, Buenos Aires, Depalma, 1989.
- BETANZOS TORRES, Eber Omar y FRANCO RODRÍGUEZ, María José, *Estado actual del sistema interamericano de derechos humanos. Las medidas cautelares*, México, Tirant lo Blanch, 2020.
- BIGLIANI, Paola y BOVINO, Alberto, *Encarcelamiento preventivo y estándares del Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Del Puerto, 2008.
- BINDER, Alberto, “Avances y problemas del sistema acusatorio en América Latina”, en VV. AA., *XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Panamá, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, 2014.
- CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1945.

- CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Buenos Aires, EJEA, 1969.
- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, 2012, IJ-UNAM, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.
- CARPIZO, Jorge, “Los derechos humanos, límites, reglamentación y titularidad”, en SEPÚLVEDA IGUINIZ, Ricardo y GARCÍA RICCI, Diego (coords.), *Derecho constitucional de los derechos humanos*, México, Escuela Libre de Derecho, Porrúa, 2012.
- CASTAÑÓN AMARO, Edmundo Ramsés, “La seguridad pública y el derecho penal del enemigo. ¿Podrá subsistir el Estado de Derecho frente a la globalización?”, en VV. AA., *Seguridad pública y derechos humanos*, Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2014.
- CEJA-KAS, *La justicia penal adversarial en América Latina*. biblioteca.cejamericas.org
- COBO TÉLLEZ, Sofía M., *La ejecución de medidas aplicadas a los adolescentes infractores. Un acercamiento al garantismo*, México, Inacipe, 2013.
- CORTE IDH - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Análisis de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de privación de libertad y condiciones carcelarias*, San José, Cuadernos de Compilación Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010.
- DE ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos *et al.*, *Teoría general del proceso*, 18 ed., Sao Paulo, Malherros, 2002.
- DE SILVA GUTIÉRREZ, Gustavo, *Derechos fundamentales y derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2021.
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, Zaragoza, EIJUS, 2000.
- DÍAZ ARANDA, Enrique, “¿Falla el proceso penal acusatorio?”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ, Olga (coords.), *Desafíos en el panorama de la justicia penal en México*, México, IJ-UNAM, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2020.
- ESPARZA MARTÍNEZ, Bernardino, *Derechos fundamentales. Jurisprudencia constitucional penal*, México, Inacipe, 2013.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Teoría general del proceso penal*, México, IJ-UNAM, 1992.
- FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN, *Sistema Penitenciario. V Informe sobre Derechos Humanos*, ESCOBAR, Guillermo (dir.), Madrid, Trama, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3 ed., Madrid, Trotta, 1998.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 5 ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2007.
- FREI RUIZ-TAGLE, Eduardo, “Mensaje del Ejecutivo”, en *Código Procesal Penal*, Santiago, Jurídica Chilena, 2003.
- GARCÍA HUITRÓN, Alan, *La política de seguridad en México. Evaluación y reflexiones desde la criminología crítica (2006-2012)*, México, Inacipe, 2014.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Los derechos humanos y el Derecho penal”, en *Estudios penales*, Saltillo, Universidad Autónoma de Coahuila, 1982.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos humanos y el Derecho penal*, 2 ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “César Beccaria y la Declaración de 1789”, en VV. AA., *Bicentenario de la Revolución Francesa*, México, IIJ-UNAM, 1991.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Proceso penal y derechos humanos*, 2 ed., México, Porrúa, 1993.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Panorama del proceso penal*, México, Porrúa, 2004.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 5 ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2005.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre el control de convencionalidad*, 2 ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, 5 ed., México, Porrúa, 2016.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Constitución y el sistema penal: 75 años (1940-2015)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Tutela de los derechos en situaciones excepcionales. Debido proceso y cumplimiento de resoluciones”, en BEJARANO GUZMÁN, Ramiro *et al.* (eds.), *Reconciliación y Derecho procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, International Association of Procedural Law, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El procedimiento penal. Constitución y Código Nacional*, México, Porrúa, UNAM, 2018.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Seguridad y justicia penal. Plan Nacional y reforma constitucional. El difícil itinerario hacia un nuevo orden*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2019.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Panorama de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos*, 2 ed., México, Facultad de Derecho UNAM, Porrúa, 2020.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Derechos humanos y tratados internacionales*, México, Seminario de Cultura Mexicana, 2021.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de justicia penal*, México, UNAM, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ, Olga, *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*, México, IIJ-UNAM, PGJDF, Instituto de Formación Profesional, México, 2014.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ, Olga, *Desafíos en el panorama de la justicia penal en México*, México, IIJ-UNAM, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2020.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MARTÍNEZ BREÑA, Laura, *Presos y prisiones. El sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, México, UNAM, Programa Universitario de Derechos Humanos, Porrúa, 2014.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES, Julieta, *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*, 5 ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2019.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y SILVA MEZA, Juan, *Sistema penal: errores y desvíos*, México, IJ-UNAM, 2020.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, Universidad de Castilla La Mancha, 1996.
- GÓMEZ-COLOMER, Juan-Luis, “Prólogo”, en MORENO HERNÁNDEZ, Moisés y ONTIVEROS, Miguel (coords.), *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Cepolcrim, Ampec, Ubijus, 2015.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Arely, *Reforma penal 2008-2016. El sistema penal acusatorio en México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016.
- GÓMEZ PÉREZ, Mara, “La prisión preventiva en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ, Olga, *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*, México, IJ-UNAM, 2016.
- GONZÁLEZ MACCHI, José Ignacio, “La reforma del Código Penal en Paraguay (1998)”, en ÁLVAREZ, Ricardo Carlos María *et al.*, *Reforma penal y política criminal. La codificación en el Estado de Derecho*, Buenos Aires, EDIAR, 2007.
- GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *La delincuencia organizada. Algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales*, 2 ed., México, Ubijus, Universidad de Guajuato, 2012.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México, IJ-UNAM, 2001.
- INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, *Código procesal penal modelo para Iberoamérica. Historia, antecedentes, exposición de motivos y texto del proyecto*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989.
- ISLAS DE GONZÁLEZ, Olga, “La unificación de la legislación penal”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ, Olga, *Evolución del sistema penal en México. Tres cuartos de siglo*, México, IJ-UNAM, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2017.
- ISLAS DE GONZÁLEZ, Olga, “Urgencia de un Código Penal Nacional”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ (coords.), *Desafíos en el panorama de la justicia penal en México*, México, IJ-UNAM, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2020.
- ISLAS, Olga y RAMÍREZ, Elpidio, *El sistema procesal penal en la Constitución*, México, Porrúa, 1979.
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, 2 ed., Buenos Aires, Hermes, 1954.
- JIMENO BULNES, Mar, “El proceso penal en los sistemas del Common Law y Civil Law: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI”, en REYNA ALFARO, Luis

- Miguel, CUAREZMA TERÁN, Sergio y URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René (coords.), *El proceso penal en Iberoamérica. Visiones comparadas*, México, Flores, 2016.
- LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas*, México, Porrúa, facsimilar.
- MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires, Del Puerto, 2004.
- MARTÍNEZ ALBESA, Emilio, “Preámbulo y exposición de motivos del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana (‘Constitución de Apatzingán’) de octubre de 1814”, en ORTIZ ORTIZ, Serafín y SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (coords.), *La Constitución de Apatzingán. Edición crítica (1814-2014)*, Tlaxcala, Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, IJ-UNAM, 2014.
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, t. I, Barcelona, Ariel, 1962.
- MILL, Rita, *Mediación penal*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2013.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “¿Una nueva tendencia de la política criminal en México”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ (coords.), *Desafíos en el panorama de la justicia penal en México*, México, IJ-UNAM, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2020.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “Fortalezas y debilidades del Código Nacional de Procedimientos Penales (la lucha poco fructífera por un modelo procesal penal para México)”, en MORENO HERNÁNDEZ, Moisés y ONTIVEROS, Miguel (coords.), *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Cepolcrim, Ampec, Ubijus, 2015.
- NATARÉN NANDAYAPA, Carlos, *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal*, IJ-UNAM, México, 2006.
- NEUMAN, Elías, *La mediación penal y la justicia restaurativa*, México, Porrúa, 2005.
- OTERO, Mariano, “Indicaciones sobre la importancia y necesidad de la reforma de las leyes penales”, en *Obras*, t. II, México, Porrúa, 1967.
- PÉREZ JOHNSTON, Raúl, “Algunas consideraciones sobre el impacto de la reforma constitucional de derechos humanos de junio de 2011, a la luz de su implementación jurisprudencial”, en TALAMÁS VELÁZQUEZ, Ernesto y GONZÁLEZ LÓPEZ, Ivonne Montserrat (comps.), *Reformas al sistema jurídico en México 2011-2014*, México, Escuela Libre de Derecho, Porrúa, 2015.
- RABASA, Emilio. *La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, 3 ed., México, Porrúa, 1956.
- RIVERA PINEDA, Arturo, “El derecho penal del enemigo y la seguridad pública”, en VV. AA., *Seguridad pública y derechos humanos*, Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2014.
- ROJAS VALDEZ, Eduardo, “El Derecho penal del enemigo: ¿condición o negación del Estado constitucional?”, *Criminalia*, año LXXXII, núm. 2, 2015.
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, 25 ed., Buenos Aires, Del Puerto, 2000.

- SAGÜES, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- TARUFFO, Michele, *Il processo civile 'adversary' nell'esperienza americana*, Padova, Cedam, 1970.
- TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- VAN ZYL SMIT, Dirk y SNACKEN, Sonja, *Principios de Derecho y Política penitenciaria europea. Penología y derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- VV. AA., *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006.
- VV. AA., *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México, UNAM, 1997.
- VV. AA., *Elementos para la construcción de una política de Estado para la seguridad y la justicia en democracia. Hacia una política de Estado en los albores del Tercer Milenio*, México, UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, agosto, 2011.
- VV. AA., *Seguridad pública y derechos humanos*, Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2014.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- WITKER, Jorge, *La administración y gestión de tribunales: experiencias comparadas*, México, IJ-UNAM, PGJDF, Instituto de Formación Profesional, 2013.
- ZAFFARONI, E. Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Madrid, Dyckinson, 2006.
- ZAFFARONI, E. Raúl, *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*, México, Secretaría de Gobernación, Ilanud, Comisión Europea, Porrúa, 2000.
- ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo, "Comentario", en BENÍTEZ TIBURCIO, Mariana y LAVEAGA, Gerardo (coords.), *Código Nacional de Procedimientos Penales comentado*, México, Gobierno de la República, 2015.
- ZAMORA PIERCE, Jesús, *Juicio oral. Utopía y realidad*, México, Porrúa, 2011.

Jurisprudencia

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), Caso Tibi vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, párr. 180.
- CORTE IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 22 de noviembre de 2005, párr. 206.
- CORTE IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 1 de febrero de 2006, párrs. 68-69.
- CORTE IDH, Caso Servellón García y otros vs. Honduras, Sentencia del 21 de septiembre de 2006, párr. 90.
- CORTE IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 21 de noviembre de 2007, párrs. 91 y 193.

- CORTE IDH, Caso Kimel *vs.* Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 2 de mayo de 2008, párr. 77.
- CORTE IDH, Caso Barreto Leiva *vs.* Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 17 de noviembre de 2009, párrs. 111 y 121.
- CORTE IDH, Caso Usón Ramírez *vs.* Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 20 de noviembre de 2009, párr. 73.
- CORTE IDH, Caso Alvarado Espinoza y otros *vs.* México, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, párrs. 177 y ss.
- CORTE IDH, Caso Jenkins *vs.* Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2019, párr. 72.
- CORTE IDH, Caso Montesinos Mejía *vs.* Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de enero de 2020, párr. 136.

REFORMAS EN DERECHOS HUMANOS Y AMPARO DE 2011: UNA DÉCADA DE TRANSFORMACIÓN FRUSTRADA

Julietta Morales Sánchez*

RESUMEN

A una década de vigencia del mandato constitucional en derechos humanos, es importante reflexionar acerca de los alcances y deficiencias –en todos los ámbitos y desde todas las perspectivas– de las reformas en derechos humanos y amparo, entendidas como una sola, integral y complementaria, cuya capacidad transformadora, beneficios y posibles efectos lamentablemente no se han hecho efectivos. Para entender las causas de esta grave realidad, primero se aborda el artículo 1o. constitucional, para analizar cómo y por qué el derecho internacional debería constituirse en el eje de la transmutación constitucional en México. Posteriormente, se reflexiona sobre el control de convencionalidad y el amparo, para discutir si constituyen o no garantías fortalecidas de los derechos humanos; particularmente, se analiza la evolución, retroceso o vaivenes de los criterios del Poder Judicial Federal. Finalmente, se tratan los obstáculos sociojurídicos para la transformación constitucional en México y los retos que tiene por delante la adecuada implementación de la reforma de 2011.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo forma parte de la obra colectiva denominada *Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación*, producto de

* Profesora de tiempo completo, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigadora Nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores (Conacyt). Doctora en Derecho, Facultad de Derecho de la UNAM; Doctora en Derecho Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha (España); Maestra en Derecho, UNAM; Licenciada en Derecho, Universidad Autónoma de Chiapas. juliettemora@hotmail.com

la brillante iniciativa del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer. Es preciso que se convoque a reflexionar cuáles son han sido los aciertos y deficiencias –en todos los ámbitos y desde todas las perspectivas– que han existido en una década de vigencia del mandato constitucional en materia de derechos humanos,¹ particularmente por ser un tema sensible y con impacto social, pero ahora acentuado justamente por más de un año de los estragos del covid-19.

El título de esta colaboración refleja la hipótesis sobre la que versarán las siguientes líneas. Se afirmará a continuación que las dos reformas –que pueden ser entendidas como una sola integral y complementaria– tenían una capacidad transformadora a la máxima potencia, pero que, lamentablemente, sus beneficios y posibles efectos no se produjeron. Por ello es necesario reflexionar sobre cuáles fueron las causas de esta grave realidad. En un primer momento se hablará someramente del artículo primero constitucional, para después analizar cómo y por qué el derecho internacional debería constituirse en el eje de la transmutación constitucional en México. Posteriormente, se reflexionará sobre el control de convencionalidad y el amparo, para dilucidar si estos son o no garantías fortalecidas de los derechos humanos; particularmente, se analizará la evolución, retroceso o vaivenes de los criterios del Poder Judicial Federal. Finalmente, se abordarán los obstáculos sociojurídicos para la transformación constitucional en México y los retos que tiene por delante la adecuada implementación de la reforma de 2011.

Durante los debates del Senado de la República en torno a la reforma de derechos humanos, el día 8 abril de 2010 se afirmó que “la Constitución de nuestro país se ha rezagado respecto a los avances del derecho internacional de los derechos humanos”. Además, se sostuvo que “estamos viviendo un momento en el que los derechos humanos parecen ser secundarios” y se enfatizó que “acostumbrar a una sociedad a la normalidad de la violación de derechos humanos, es uno de los peores atentados”.²

¹ Véanse otros trabajos de quien escribe a raíz del décimo aniversario de la reforma en materia de derechos humanos: Morales Sánchez, Julieta, “Cambio de paradigma derivado de la reforma al artículo 1o. de la Constitución Política: derechos, obligaciones y principios”, en *A 10 años de la reforma en materia de derechos humanos*, México, Instituto Matías Romero, Secretaría de Relaciones Exteriores, Facultad de Derecho UNAM, Tirant lo Blanch, 2021, en prensa; y “Políticas públicas a partir de la reforma de derechos humanos de 2011”, en *Reflexiones a 10 años de la reforma constitucional de derechos humanos*, México, Secretaría de Gobernación, 2021, en prensa.

² García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*, 5 ed., México, Porrúa, UNAM, 2019, p. 78.

¿Ha sido una década de transformación frustrada? Quizás se pueda contestar con el pensamiento de Perfecto Andrés Ibáñez cuando afirma que existe “una divergencia inevitable [...] entre la proclamación ideal-constitucional de los derechos, su grado de plasmación legal y, todavía más, sus índices de realización empírica, siempre desoladoramente deficiente. Así resulta que las promesas constitucionales se han visto permanentemente incumplidas”.³

II. ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL:

¿EFECTOS TRUNCADOS O NUNCA GENERADOS?

El artículo 1o. constitucional es, sin duda, el bastión de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, ya que contiene una serie de herramientas para la reconstrucción del derecho y de los derechos en México. No se analizará el contenido de dicho artículo, ya que el mismo ya ha sido materia de amplios y extraordinarios estudios,⁴ además de que se excedería la naturaleza de este breve trabajo. Pero sí es preciso recordar que el potencial transformador que tiene el artículo 1o. radica justamente en sus tres primeros párrafos reformados/introducidos en el 2011. Sobre el primer párrafo se hará referencia *infra*; en lo que concierne a los demás es necesario recordar que:

1. El segundo párrafo del artículo 1o. contiene dos herramientas hermenéuticas con el mandato constitucional respectivo de ser aplicadas por todas las autoridades que interpretan los derechos humanos: interpretación conforme y principio *pro persona*. Es válido recordar que la interpretación del derecho y de los derechos se realiza por el ámbito judicial, pero no exclusivamente, ya que existe interpretación en sede administrativa,⁵ autónoma y legislativa, aunque esta última sea quizás menos evidente

³ Andrés Ibáñez, Perfecto, “Introducción”, en Andrés Ibáñez, Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 10.

⁴ A manera de ejemplo, véanse, entre muchas otras, las siguientes obras: García Ramírez y Morales Sánchez, *Constitución y derechos humanos*, cit., passim; Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011; Caballero Ochoa, José Luis y Sánchez Gil, Rubén (coords.), *Derechos constitucionales e internacionales. Perspectivas, retos y debates*, México, Tirant lo Blanch, 2018; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et al., *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional. In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio*, 3 ed., México, UNAM, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021. Además, para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, véase la “Metodología”, en el portal Reforma DH. Recurso para la formación en Derechos Humanos.

⁵ Morales Sánchez, Julieta, *Políticas públicas y derechos humanos*, México, Porrúa, UNAM, 2020, pp. 101-122.

- o practicada. Por supuesto, todas las anteriores interpretaciones quedan sujetas a revisión judicial.
2. En el párrafo tercero se consagran cuatro obligaciones a cargo de todas las autoridades (promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos), aunado a cuatro principios (universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad), a lo que también se suma cuatro deberes (prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos). A pesar de las grandes posibilidades de incidencia que pudo haber tenido este párrafo en la vida de las personas, esto no se produjo.
 3. Se han realizado diversos esfuerzos de capacitación de servidores públicos en el seno de los Poderes Judicial y Ejecutivo, particularmente. Una problemática, relacionada puntualmente con el ámbito ejecutivo, es la renovación de sus cuadros en cada administración. En sede judicial, debido a la carrera judicial, la permanencia es mayor, por lo que los esfuerzos de capacitación no se pulverizan ni desaparecen. Pero en la administración pública federal, local y municipal, se capacita hoy a un grupo de servidores públicos que muy posiblemente ya no estarán mañana, de modo que en la nueva administración se deberá volver a empezar desde cero. Por ello, la socialización de los contenidos de la reforma a toda la población puede funcionar como un mecanismo que permita y fortalezca su exigibilidad.
 4. También se intentó crear la “pedagogía de la reforma”, elaborando documentos que socializaran su contenido y ayudaran a su cumplimiento,⁶ a la luz de la frase coloquial de “explicando con peras y manzanitas”. Lamentablemente, todo ello no fue suficiente para generar un cambio en la cultura del servicio público en México ni para empoderar a la población a fin de que exigiera el cumplimiento de la reforma de 2011.

Este apartado justamente se denomina ¿efectos truncados o nunca generados? La respuesta se deja en manos del lector. Posiblemente, pequeños cambios comenzaron a generarse y los mismos fueron truncados; quizás existieron

⁶ Cfr. Secretaría de Gobernación, *Bases conceptuales para la implementación de la reforma constitucional de derechos humanos en la Administración Pública Federal*, s.f.; Cámara de Diputados, Senado de la República, Gobierno de la República, Poder Judicial de la Federación, *Diagnóstico sobre la implementación de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011. Evaluación del proceso a los 3 años de su entrada en vigor: una perspectiva integral del Estado mexicano*, México, 2014; Secretaría de Gobernación, Secretaría de Relaciones Exteriores, Naciones Unidas, *Manual y protocolo para la elaboración de políticas públicas de Derechos Humanos conforme a los nuevos Principios Constitucionales. Programando con perspectiva de derechos humanos en México*, 2014.

modificaciones tan pequeñas que pasaron desapercibidas para la mayoría de la población y podríamos decir que nunca fueron generados. Cualquiera de las dos opciones es preocupante. José Luis Caballero afirma que

... el reto [ha sido y] es enorme, porque estamos asumiendo criterios que han hecho avanzar la práctica jurídica comparada, pero que requirieron también de otro tipo de soportes, que nosotros no hemos movilizad. Nos vamos abriendo a un sistema de una mayor garantía y protección de los derechos, bajo estructuras y paradigmas aún anquilosados, verticales y anacrónicos. Esto contribuye también a generar una gran incertidumbre, y a suspicacias incluso, ante la posibilidad de avanzar en una práctica más “garantista” de los derechos.⁷

III. EL DERECHO INTERNACIONAL COMO EJE DE TRANSMUTACIÓN CONSTITUCIONAL DE MÉXICO

Justamente a raíz de la reforma de 2011 y de todos los cambios producidos se podría preguntar qué características tiene el derecho internacional de los derechos humanos para que se pueda considerar como el eje de transformación constitucional en México. Resulta que se trata de un derecho que es permanente y que no está expuesto a reformas retrógradas, más bien, en cumplimiento del principio de progresividad, se van creando o agregando más tratados específicos o se van reconociendo más derechos. Así, son normas que respetan el principio de progresividad y que se encuentran alejadas de los vaivenes políticos dentro de los Estados, los cuales generan reformas que, en muchas ocasiones, son arbitrarias y discrecionales.

Precisamente el contenido del artículo 1o., párrafos primero, segundo y tercero, permite entender el derecho internacional como el eje de la transmutación constitucional. En el primer párrafo se habla de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; por supuesto que los mismos ya eran parte integrante de nuestro orden jurídico desde el momento en el que fueron ratificados, pero parecía que esto se tenía que reiterar y explicitar. Lamentablemente,

... en México pareciera que los avances constitucionales en materia de derechos humanos traen aparejadas realidades del todo novedosas, una especie de importación de normas de derechos humanos que de forma subrepticia aparecen en el orden jurídico, sobre las que no hubiera ninguna obligatoriedad de cumplimiento pre-existente, lo que

⁷ Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución)”, Biblioteca Jurídica IJ-UNAM, p. 132.

evidentemente es falso [...] se trata de normas de obligado cumplimiento para los operadores jurídicos nacionales desde la propia ratificación del instrumento internacional.⁸

Por supuesto que desde antes de la reforma de 2011 ya existía la obligación de cumplir con las normas convencionales, pero para que no hubiera duda se explicitó en dicha reforma, y, aun así, seguimos sin hacerlo. Por otro lado, esta propuesta de concebir el derecho internacional como la base de la transformación constitucional tiene como origen el principio *pro persona* y las obligaciones de proteger y garantizar los derechos humanos, así como el deber de prevenir las violaciones de los mismos.

En suma, no hay una disposición expresa que dé jerarquía constitucional ni establezca la relevancia del derecho internacional en el orden jurídico interno, pero sí hay disposiciones reformadas o introducidas en 2011 de las cuales esto se desprende de forma muy clara. La primacía del derecho internacional se desprende del principio *pro persona*, así como de las obligaciones citadas. Sin duda, hay que cumplir con el derecho internacional de los derechos humanos, entendido dentro de este tanto las normas convencionales como las interpretaciones que los órganos autorizados han realizado de los tratados internacionales. Si se preguntará por qué, la respuesta es obvia y evidente:

1. Porque México se comprometió a ello, en ejercicio de su soberanía, a través de la ratificación.
2. Porque las normas convencionales se actualizan y definen su contenido con la interpretación que de ellas realiza el órgano autorizado para dicho fin, y es esta interpretación la que le termina de dar contenido a la letra de la ley internacional. Por ello la jurisprudencia contenciosa y consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), así como los informes y resoluciones de la Comisión Interamericana o las observaciones y demás instrumentos generados por los comités de la ONU, etc., son fundamentales para “desmenuzar” las obligaciones convencionales, a fin de lograr su pleno entendimiento y cumplimiento por parte de los Estados. El contenido de todos esos documentos (tanto *soft law* como *hard law*) es parte integrante de dichos tratados y, por tanto, es vinculante. En una postura más conservadora se podría decir que solamente se deben considerar las sentencias contenciosas de la Corte IDH, pero aun desde esa perspectiva los tratados se nutren de dicha jurisprudencia y, por tanto, la misma es obligatoria.

⁸ Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme al modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2014, pp. 14 y 15.

IV. IMPACTOS DE LA REFORMA DE DERECHOS HUMANOS EN EL AMPARO

La reforma de 2011, que justamente modifica la denominación del Título Primero, capítulo I, para denominarlo “De los derechos humanos y sus garantías”, no podía solo incidir en la parte sustantiva de la norma fundamental; era esencial acompañarla de cambios en la dimensión adjetiva, es decir, en el fortalecimiento de las garantías existentes, particularmente de la garantía jurisdiccional por excelencia de los derechos en México: el amparo. El artículo 103 de la Constitución se modificó, por decreto publicado el 6 de junio de 2011, para edificar el amparo como garantía procesal y evitar que existieran normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violaran los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como por los tratados internacionales ratificados. Esta es justamente la base de la complementariedad de las dos reformas.

A raíz de las reformas de 2011 se han emitido por parte del Poder Judicial Federal una serie de criterios relevantes que muestran la interrelación entre ambas reformas y que evidencian el impacto de una sobre la otra, particularmente de la de derechos humanos sobre la de amparo. Como ejemplo se encuentra la de rubro:

Derechos humanos. La obligación de los órganos de amparo de respetarlos, prevista en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los faculta para que al conceder la suspensión de los actos reclamados hagan mención destacada de la existencia de otros derechos que deben seguirse respetando al quejoso, siempre que tengan vinculación con los actos inicialmente reclamados y con las autoridades que hayan sido señaladas como responsables.⁹

En ese orden de ideas, otro criterio adecuado y progresista es el que establece que con la reforma de amparo

... se amplió expresamente la procedencia del juicio de amparo a aquellos casos en los cuales se hubiesen violado derechos previstos en los tratados internacionales, con independencia de que estén reconocidos o no en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [...] [por lo que] el recurso de revisión en Amparo Directo procede para conocer de la interpretación que los tribunales colegiados de circuito hagan de los derechos reconocidos [exclusivamente] en los tratados internacionales, independientemente de su reconocimiento en la Constitución.¹⁰

Otro criterio relevante tiene que ver con la suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo, acerca del cual se sostiene que:

⁹ Tesis PC.I.P. J/47 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 58, t. II, septiembre de 2018, p. 1537.

¹⁰ Tesis 1a./J. 64/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 11, t. I, octubre de 2014, p. 272.

... a las autoridades jurisdiccionales que conozcan del amparo les corresponde con mayor énfasis, en razón de sus funciones de impartición de justicia y conforme al objeto del citado juicio, “proteger” y “garantizar” los derechos humanos en las controversias sometidas a su competencia [...] *cuando el juzgador de amparo advierta que la norma general, acto u omisión reclamada de la autoridad responsable vulnera los derechos humanos del quejoso, debe abordar el estudio de esa violación, con independencia de que las partes invoquen o no dicha infracción en sus conceptos de violación o agravios, pues de esta manera se favorece el acatamiento de los principios señalados y se resguarda el efecto útil del juicio de amparo como medio para proteger y garantizar los derechos fundamentales.*¹¹

Sobre la titularidad de derechos por parte de las personas jurídicas se ubica la tesis jurisprudencial de rubro: “Personas morales. Al reconocérseles como titulares de derechos humanos pueden acudir al juicio de amparo en el nuevo sistema constitucional (reformas constitucionales publicadas en el diario oficial de la federación de 6 y 10 de junio de 2011)”.¹² No obstante, el Poder Judicial Federal también ha emitido una serie de criterios cuestionables, que son una muestra de la pugna que ha existido en su interior durante estos 10 años, entre las perspectivas conservadoras y las progresistas.

Un criterio que llama la atención es el de rubro: “Derechos humanos. La obligación del órgano de amparo de promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos, prevista en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sólo se actualiza en el ámbito de su competencia, por lo que carece de atribuciones para pronunciarse respecto de violaciones a los que no formen parte de la litis constitucional”.¹³ En ese orden de ideas, previamente al criterio *supra* y con mayor ánimo proteccionista, se había emitido la jurisprudencia de rubro:

Derechos humanos y sus garantías. Si del análisis de las constancias del juicio de amparo, se advierte que por actos diversos al reclamado, aquéllos se vulneraron en perjuicio del tercero interesado o de una persona ajena a la litis constitucional, los órganos de amparo, en cumplimiento al artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución, están facultados para dar vista con los hechos a las autoridades que directamente, de acuerdo a su competencia, tengan la obligación de respetar, proteger, garantizar o promover el derecho que se estimó violado.¹⁴

¹¹ Tesis XXVII.1o.(VIII Región) J/3 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVIII, t. 3, marzo de 2013, p. 1830. Énfasis agregado.

¹² Tesis VII.2o.C. J/2 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIX, t. 3, abril de 2013, p. 1902.

¹³ Tesis P/J. 5/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, t. I, agosto de 2016, p. 11.

¹⁴ Tesis XXVII.3o. J/20 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 15, t. III, febrero de 2015, p. 2258.

Y tratando de matizar-limitar el impacto del mandato constitucional, por temor o inconsciencia, se encuentra el criterio jurisprudencial que afirma que la reforma 2011:

... no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de llevar a cabo sus atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la reforma citada, sino que dicho cambio sólo conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica que se analice, ésta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales que rigen su función jurisdiccional.¹⁵

Llama la atención que la anterior se trata de una jurisprudencia de 2015, es decir, emitida después de la reforma de 2011, al expediente Varios 912/2010, a la Contradicción de Tesis 259/2011 y a la Contradicción de Tesis 293/2011, por lo que es sumamente cuestionable afirmar que las facultades y atribuciones se deben realizar de la misma forma en que se venían haciendo. Como si no existieran o no tuvieran ningún impacto ni el mandato del artículo 1o. constitucional con las obligaciones y principios ahí contenidos, ni las obligaciones de realizar control de constitucionalidad y de convencionalidad, ni la aplicación del parámetro de control de regularidad constitucional ni la jurisprudencia de la Corte IDH, porque dicho cambio solo conlleva que se aplique, “si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica que se analice”. Esta visión no es únicamente reduccionista, sino limitada y miope.

Es preciso que el Poder Judicial Federal y, particularmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) asuman plenamente su papel como guardianes del orden constitucional y de los mandatos de la norma fundamental mexicana. Lamentablemente, en esta década de vigencia de la reforma se ha observado ambivalencia, tibieza e incertidumbre, y una pugna permanente entre jueces, magistrados y ministros conservadores y progresistas. Persiste en muchos operadores la idea del derecho internacional como atentado a la soberanía nacional y existen aún muchas resistencias a un cambio en materia de reconocimiento y garantía de los derechos humanos. Lo que no se ha entendido es que no podemos esperar resultados diferentes si seguimos haciendo lo mismo. Y los resultados en México son devastadores, como la pandemia de covid-19 vino a demostrárnoslo, por si es que alguien tenía aún dudas. Por ello se debe modificar la forma de hacer las cosas y por ello el Poder Judicial debe fortalecerse y desempeñarse con plena

¹⁵ Tesis 2a./J. 154/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 25, t. I, diciembre de 2015, p. 317. Énfasis agregado.

autonomía e independencia, en seguimiento de su competencia constitucional y de la jurisprudencia interamericana al respecto.¹⁶

Adicionalmente a las complejidades planteadas, el Poder Judicial Federal tampoco ha contribuido a esta urgente transformación, ya que existen criterios que impiden la operatividad del principio *pro persona* y representan una carga excesiva para el justiciable, hasta limitar el ejercicio pleno de sus derechos. El Poder Judicial Federal indica que para que la petición de ejercer el principio *pro persona* sea atendida se “requiere del cumplimiento de una carga básica”¹⁷ —y bastante pesada—. Esto es cuestionable, porque traslada el trabajo de los órganos jurisdiccionales al justiciable, en un país con elevada pobreza, marginación y discriminación, los cuales ya impiden el acceso a la justicia pronta, efectiva y expedita.

El Poder Judicial Federal concluye que nuestro juicio de amparo cumple con las características de eficacia e idoneidad a la luz del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y es un recurso judicial efectivo para impugnar la inconstitucionalidad o incluso la inconventionalidad de una disposición de observancia general.¹⁸ También lo ha reconocido como un medio para el control de la legalidad, la constitucionalidad y la convencionalidad de las normas, actos¹⁹ y omisiones de la autoridad. Lamentablemente, el amparo sigue siendo una herramienta lejana a la mayoría de la población, y es un juicio complejo, de difícil acceso y costoso. Por ello es urgente cumplir con la reforma de 2011 y modificar la corriente de pensamiento de jueces, magistrados y ministros que limitan el acceso a la justicia, en lugar de garantizarlo.

¹⁶ Cfr. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros), Sentencia de 23 de agosto de 2013, párrs. 154 y 179; y Caso “López Lone y otros”, Sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 201. También, García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, “Vocación transformadora de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 24, núm. 1, enero/junio 2020, p. 32.

¹⁷ El “test de argumentación mínima exigida para la eficacia de los conceptos de violación o agravios es el siguiente: a) pedir la aplicación del principio relativo o impugnar su falta por la autoridad responsable; b) señalar cuál es el derecho humano o fundamental cuya maximización se pretende; c) indicar la norma cuya aplicación debe preferirse o la interpretación que resulta más favorable hacia el derecho fundamental; y, d) precisar los motivos para preferirlos en lugar de otras normas o interpretaciones posibles. Los anteriores requisitos son necesariamente concurrentes para integrar el concepto de violación o agravio que, en cada caso, debe ser resuelto”. Cfr. Rubro: “Principio *pro persona* como criterio de interpretación de derechos humanos. Test de argumentación mínima exigida por el juez o tribunal de amparo para la eficacia de los conceptos de violación o agravios”. Tesis XVII.1o. P.A.J/9, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Registro 2010166, Libro 23, t. IV, octubre de 2015, p. 3723.

¹⁸ Tesis 2a./J. 12/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 27, t. I, febrero de 2016, p. 763.

¹⁹ Tesis I.5o.C. J/1 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, t. II, mayo de 2013, p. 1305.

V. ¿GARANTÍAS AMPLIADAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE 2011?: COMPLEJIDADES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DEL AMPARO

Las figuras del control de convencionalidad y del juicio de amparo se erigen como garantías de los derechos humanos. La primera, introducida en el orden jurídico mexicano a raíz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Expediente Varios 912/2010, resuelto por la SCJN; la segunda garantía, reformada en 2011 para erigirse expresamente en un mecanismo de protección del orden convencional.

Christian Courtis señala que la idea de “garantía se refiere a aquellos métodos, mecanismos o dispositivos que sirven para asegurar la efectividad de un derecho. Se trata de instrumentos para que ese derecho declarado en el papel se convierta en un derecho operable, ejecutable, exigible”.²⁰ Por ello es dable preguntar si el control de convencionalidad y el juicio de amparo son garantías ampliadas y fortalecidas de los derechos humanos a partir de 2011 o si su existencia ha sido limitada de forma que se les ha restado incidencia y se ha detenido la transformación que ambos podrían generar. Para este fin, se abordarán algunos criterios controvertibles que se han dictado en torno a control de convencionalidad y al juicio de amparo. No obstante, también hay criterios que hay que celebrar.

Entre los criterios cuestionables se encuentran aquellos que condicionan el acceso a la justicia al nivel de conocimiento que el juez tenga de derecho constitucional-convencional, ya que determinan que

... si el Juez no advierte oficiosamente que una norma violente los derechos humanos mencionados [...] [el] control de convencionalidad no puede estimarse que llega al extremo de que el Juez del conocimiento deba oficiosamente comparar y analizar en abstracto en cada resolución, todos los derechos humanos que forman parte del orden jurídico mexicano [...] la sola mención de que una autoridad violentó derechos humanos en una demanda de amparo, es insuficiente.²¹

Por lo tanto, si el juez es un ignorante de las normas de derechos humanos (constitucionales y convencionales) y no advierte la vulneración a los derechos referidos en la demanda de amparo, entonces se cercena el ejercicio del control de convencionalidad *ex officio* a través de esta jurisprudencia.

²⁰ Courtis, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, p. 20.

²¹ Tesis VI.1o.A. J/18 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 57, t. III, agosto de 2018, p. 2438.

Otro criterio jurisprudencial debatible es el que establece que el control difuso *ex officio*

... es una herramienta de interpretación subsidiaria o complementaria del sistema jurídico mexicano, cuyo uso está condicionado a [...] cuando el derecho interno no alcanza para ese fin. Esto significa que la aplicación del mencionado control se realiza en suplencia de la deficiencia de la normativa interna; es decir, el juzgador no debe acudir directamente a la normativa internacional para buscar respuesta al asunto.²²

Además, da preferencia al contenido constitucional, pero también al de la legislación ordinaria, por encima de los tratados internacionales. Adicionalmente, aparecen jurisprudencias complementarias de la anterior, que parecen matizar su contenido, pero lo refrendan disfrazadamente, al afirmar que

... cuando un derecho humano esté reconocido en normas de ámbitos distintos –uno nacional y otro internacional– *no debe acudirse en todos los casos al derecho externo* para resolver un caso concreto, *en desmedro del sistema normativo interno*; más bien, como requisito previo, el Juez debe realizar un ejercicio de ponderación entre ambas normativas para verificar cuál de ellas otorga una mayor eficacia protectora a la persona, pues sólo cuando la protección internacional es mayor o más eficaz que la nacional, debe ejercerse el control difuso de convencionalidad *ex officio* como parámetro de solución.²³

Es gravísimo que se siga apegado a una tradición dualista que no comprende que el derecho internacional es derecho nacional, es decir, es parte integrante y obligatoria del orden jurídico interno, por una decisión y ejercicio soberano del Estado mexicano.²⁴ Adicionalmente, este muy cuestionable criterio prioriza la legislación secundaria por encima del derecho internacional y no aplica el parámetro de control de regularidad constitucional.

Pareciera que existe un gran temor de los juzgadores ante su propio desconocimiento del derecho internacional y por ello exigen requisitos mínimos, imponen cargas al justiciable y le dan un carácter subsidiario a un ejercicio que es fundamental para la prevalencia de la dignidad humana y de la democracia, aunque, particularmente el control de convencionalidad y el principio *pro persona*, pueden librar a los Estados de responsabilidad internacional por actos u omisiones violatorias a los derechos humanos. Matizar obligaciones internacionales y

²² Tesis (III Región)5o. J/8 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 4, marzo de 2014, t. II, p. 1360.

²³ Tesis (III Región)5o. J/10 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 4, t. II, marzo de 2014, p. 1358. Énfasis agregado.

²⁴ En torno a las rivalidades decimonónicas entre el derecho internacional y el derecho interno, *cfr.* Morales Sánchez, Julieta, *Migración irregular y derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 93-96 y 191-206.

constitucionales porque pueden representar una mayor carga de trabajo no solo es cuestionable, sino reprochable.

No obstante, también hay que reconocer que existen criterios jurisprudenciales progresistas —y que se oponen a los anteriores— como aquel que determina: “el Tribunal Pleno, al resolver el expediente Varios 912/2010, *no hizo esa aco-tación, ni determinó que el control ex officio fuera una cuestión de subsidiariedad, sino que más bien recalcó que los jueces y todas las autoridades del país estaban obligados a velar por los derechos humanos*”.²⁵

En ese tenor, se ha producido una discusión permanente respecto de qué normas pueden ser sometidas a un control de convencionalidad.²⁶ Se ha pretendido dar respuesta a esta interrogante a través de la tesis aislada de rubro: “Conceptos de violación inoperantes en el Amparo Directo. Son los que plantean la inconvencionalidad de un precepto constitucional”.²⁷ Asimismo, se emitió la jurisprudencia de rubro: “Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. No es susceptible de someterse a control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio* por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía”.²⁸

Como se dijo, la ambivalencia del Poder Judicial Federal y la pugna interna entre conservadores y progresistas se observan en los criterios que buscan limitar el ejercicio de los derechos e imponer más cargas a los gobernables que a los jueces. Otro ejemplo, pero ahora en relación con el control, es la jurisprudencia de rubro: “Control difuso de constitucionalidad. Si se solicita su ejercicio y no se señala claramente cuál es el derecho humano que se estima infringido, la norma general a contrastar ni el agravio que produce, debe declararse inoperante el planteamiento correspondiente”.²⁹

En algunos casos los requisitos para la realización del control de convencionalidad se han complejizado, descargando nuevamente a los jueces de su obligación de “conocer el derecho”, impartir justicia y ejercer dicho control, y

²⁵ Tesis 1a./J. 38/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 18, t. I, mayo de 2015, p. 186. Énfasis agregado.

²⁶ Cfr. García Ramírez y Morales Sánchez, *Constitución, cit.*, pp. 354-357.

²⁷ Tesis 2a. LXXIV/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIII, t. 3, octubre de 2012, p. 2034. Véase una posición crítica a la postura de la SCJN en García Ramírez y Morales Sánchez, *Constitución, cit.*, pp. 354-357.

²⁸ Tesis P./J. 64/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 13, t. I, diciembre de 2014, p. 8.

²⁹ Tesis XXVII.3o. J/11 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 15, t. III, febrero de 2015, p. 2241. En sentido similar, cfr. Tesis 2a./J. 123/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 12, t. I, noviembre de 2014, p. 859; Tesis 2a./J. 69/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 7, t. I, junio de 2014, p. 555.

trasladando a los ciudadanos la carga del análisis.³⁰ Si los jueces no conocen el derecho constitucional-convencional, pues que lo estudien, lo aprendan y lo apliquen; y si no, es mejor que renuncien a seguir simulando después de una década.

Entre las tesis loables y de reconocerse, ya que reafirman el sentido de la función judicial, se encuentra la de rubro:

Control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos. Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito adviertan que el respeto a los derechos y libertades de acceso a la justicia, garantía de audiencia y tutela jurisdiccional se supeditó a requisitos innecesarios, excesivos, carentes de razonabilidad o proporcionalidad, en ejercicio de aquél, deben analizar preponderantemente tal circunstancia, aun cuando no exista concepto de violación o agravio al respecto.³¹

Otra de las complejidades que han limitado la transformación del juicio de amparo en una garantía efectiva de los derechos humanos justamente ha sido la falta de comprensión y aplicación del interés legítimo en sustitución del interés jurídico. En interpretación del artículo 107 constitucional, fracción I, al analizar los requisitos para interponer el juicio de amparo indirecto, se estableció:

... los elementos constitutivos del interés jurídico consisten en demostrar: a) la existencia del derecho subjetivo que se dice vulnerado; y, b) que el acto de autoridad afecta ese derecho, de donde deriva el agravio correspondiente. Por su parte, para probar el interés legítimo, deberá acreditarse que: a) exista una norma constitucional en la que se establezca o tutele algún interés difuso en beneficio de una colectividad determinada; b) el acto reclamado transgreda ese interés difuso, ya sea de manera individual o colectiva; y, c) el promovente pertenezca a esa colectividad.³²

Sobre la diferencia entre el interés legítimo y el interés simple se han establecido una serie de criterios,³³ así como en torno al contenido y alcance del primero.³⁴ A partir de la reforma de amparo de 2011,

... como requisito de procedencia del amparo se requiere que: a) El quejoso acredite tener interés jurídico o interés legítimo y, b) Ese interés se vea agraviado. Así, tratándose

³⁰ Tesis XXVII.1o.(VIII Región) J/8 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, t. II, diciembre de 2013, p. 953.

³¹ Tesis VI.3o.(II Región) J/3 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, t. II, mayo de 2013, p. 1093.

³² Tesis 2a./J. 51/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 64, t. II, marzo de 2019, p. 1598.

³³ Tesis 2a./J. 57/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 43, t. II, junio de 2017, p. 1078. Y véase también la Tesis 1a./J. 38/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, t. II, agosto de 2016, p. 690.

³⁴ Tesis P./J. 50/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 12, t. I, noviembre de 2014, p. 60.

del interés jurídico, el agravio debe ser personal y directo; en cambio, para el legítimo no se requieren dichas exigencias, pues la afectación a la esfera jurídica puede ser directa o en virtud de la especial situación del gobernado frente al orden jurídico (indirecta) y, además, provenir de un interés individual o colectivo.³⁵

Existen criterios sobre la diferencia de los conceptos previos a la reforma de amparo de 2011.³⁶

Para concluir este apartado, es preciso recordar que:

... la inclusión del interés legítimo [...] implica que los derechos humanos de carácter colectivo y difuso, que anteriormente se encontraban en estado de indefensión por no ser derechos subjetivos, son perfectamente justiciables [...] [por lo que] Uno de los beneficios de esta ampliación de la tutela de todos los derechos humanos a través del interés legítimo son los efectos que trae consigo la cosa juzgada derivada de las sentencias de amparo, en particular cuando se trate de derechos colectivos o difusos, ya que dichos efectos no se limitan a beneficiar a las partes que promovieron el juicio de amparo, sino que por su propia naturaleza se expanden colectivamente.³⁷

VI. OBSTÁCULOS SOCIOJURÍDICOS PARA LA TRANSFORMACIÓN CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

Francisca Pou recuerda que por mucho tiempo ha existido una discusión estéril en torno a conceptos, la cual ha retrasado el cumplimiento del mandato constitucional: es urgente superarla y concentrarse en la operatividad de la reforma. Ella sostiene que:

La reforma de derechos humanos de junio de 2011 y el cambio interpretativo operado por la Suprema Corte [...] respecto de la arquitectura de nuestro sistema de justicia constitucional ha tenido a la comunidad jurídica del país enfrascada en una larga discusión. Esta discusión, orientada a esclarecer los contornos de la nueva Constitución mexicana de los derechos, se ha desarrollado por desgracia en términos muy técnicos, con continuas alusiones a nociones poco entendibles para el ciudadano común, lo cual

³⁵ Tesis XXVII.1o. (VIII Región) J/4 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIX, abril de 2013, t. 3, p. 1807. Asimismo, *cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Ley de Amparo en lenguaje llano. ¿Por qué es importante para la protección de nuestros derechos?*, México, SCJN, 2014, pp. 29-31.

³⁶ *Cfr.* Tesis 2a./J. 141/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, diciembre de 2002, p. 241; y Tesis 2a./J. 142/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, diciembre de 2002, p. 242.

³⁷ González Oropeza, Manuel y Rodríguez, Marcos del Rosario, "Interés legítimo: naturaleza y alcances", en Garduño Domínguez, Gustavo y Andreu Gálvez, Manuel (coords.), *La Constitución mexicana de 1917: estudios jurídicos, históricos y de derecho comparado a cien años de su promulgación*, México, UNAM, 2019, pp. 92 y 93.

ha proyectado sobre la reforma un halo de intensa “complejidad” que –sin eliminarlo, por fortuna– ha constreñido su potencial transformador durante estos primeros años.³⁸

Es preciso decir que en esta década la reforma no ha impactado en la vida pública de México. Pueden pensarse en las causas de este problema y se podrían formular algunas hipótesis al respecto:

1. Dicha transformación implica un proceso de deconstrucción conceptual, mental y práctica para operadores jurídicos, el cual controvierte concepciones tradicionales y dogmas clásicos, como por ejemplo, la jerarquía normativa aprendida por décadas en México (la llamada “pirámide de Kelsen”) o la necesidad de hacer un “replanteamiento del principio de legalidad”.³⁹
2. Obliga a las autoridades de todos los niveles de gobierno a conocer no solo las normas administrativas de aplicación directa en su actividad cotidiana, sino también las normas legales, y más relevante o complejo, las normas constitucionales y convencionales aplicables a su actividad; por ejemplo, si alguien solo conoce su norma administrativa (su reglamento o manual de procedimientos) o no conoce la Constitución o los tratados, se ve impedido de cumplir con el mandato del artículo primero de la carta suprema.

³⁸ Pou Giménez, Francisca, “Lo que quisiera que la Corte hiciera por mí: lealtad constitucional y justicia dialógica en la aplicación de la CT 293/2011”, en Caballero Ochoa, José Luis y Sánchez Gil, Rubén (coords.), *Derechos constitucionales*, cit., p. 597.

³⁹ La misma Secretaría de Gobernación en su momento planteó esta necesidad y sostuvo que “el principio de legalidad debe entenderse como un control sobre la autoridad, un límite a la posible arbitrariedad de la misma, la garantía del respeto a las normas y una disposición sobre hasta dónde y cómo debe efectuar su actuación la autoridad. En una sociedad democrática el principio de legalidad es fundamental pues es la base del derecho público y del Estado de derecho; de ahí la necesidad de que la actividad estatal esté sometida a los límites de las normas jurídicas. Con la Reforma constitucional (2011) se prioriza la protección efectiva y eficaz de los derechos humanos y la preservación de la dignidad, lo cual confiere legitimidad a la ley, ya que una mayor vinculación y respeto a estos derechos, genera una mayor legitimación y viceversa. Así, a la luz de la Reforma constitucional el principio de legalidad debe integrarse con la perspectiva de los derechos humanos [...]. *La Reforma constitucional obliga a hacer un replanteamiento del principio de legalidad, ampliando su contenido, es decir, lo servidores públicos deben de seguir ajustando su actividad a la ‘ley’, y por ‘ley’ debe entenderse a las normas administrativas, los tratados internacionales, la Constitución y la jurisprudencia internacional. Esto evitará que existan acciones u omisiones, que parezcan ajustarse a la ‘ley’, pero que sean violatorias de derechos humanos. Si bien este principio sigue plenamente vigente y es pilar del sistema jurídico, no puede leerse ya de la misma manera, debido a que las autoridades tienen la obligación de apegarse tanto al principio de legalidad como al principio pro persona, e inclusive, si hubiera una incompatibilidad entre ambos habrían de preferir sujetarse al segundo. En otras palabras, los principios del actual sistema jurídico democrático no permiten que los servidores públicos restrinjan su actuación a un cumplimiento meramente formal de las normas jurídicas, sino que deben ampliar su visión a otros principios de derechos humanos, los cuales tienen importantes y muy específicas consecuencias”* (énfasis agregado). Secretaría de Gobernación, *Bases conceptuales*, op. cit., p. 39.

3. La reforma de derechos humanos implica más trabajo para los servidores públicos, ya que representa un proceso de valoración y análisis (se podría decir de ponderación) en cada caso; así, caso por caso, se debe poner en balanza las normas o las interpretaciones para elegir aquella que sea más benéfica en ese caso y solo en ese caso. Por tanto, la reforma obliga a renunciar a los llamados “machotes”, formatos o formularios estandarizados y unificados que se usaban –y se siguen usando– en México, y se tiene que hacer un proceso de fundamentación y motivación específico en cada caso.
4. Se requiere además conocer la jurisprudencia de la Corte IDH, órgano autorizado para la interpretación convencional. Como ya se dijo, las líneas jurisprudenciales que la Corte IDH establece son parte integrante de la Convención Americana y del Protocolo de San Salvador, por ejemplo; es decir, la jurisprudencia interamericana es parte integrante de los tratados internacionales que el Estado mexicano ha ratificado, los actualiza, les da sentido y los ubica en las coordenadas del hoy. Sucede lo mismo con la interpretación que se realiza en sede nacional: las leyes mexicanas terminan de definir su contenido y alcance gracias a la interpretación que de ellas realiza el Poder Judicial Federal, y dicha jurisprudencia es parte integrante de la ley en cuestión y estamos obligados a cumplirla. Adicionalmente, por decisión de la Suprema Corte de Justicia en la Contradicción de Tesis 293/2011, resuelta en 2013, la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para todos los jueces en México, siempre y cuando sea más favorable para la persona.

Además, se tiene que reconocer el efecto de la marginación, la exclusión y la desigualdad persistente en México como un límite al conocimiento y a la exigibilidad de las reformas por parte de la población. Adicionalmente, las bases para construir la igualdad de género en México lamentablemente se “introdujeron” de forma implícita en los contenidos del artículo 1o. constitucional y a través del control de convencionalidad y de la jurisprudencia interamericana, pero también sigue siendo una grave e histórica asignatura pendiente. Aún se enfrentan muchísimas resistencias para lograr la igualdad sustantiva, la conciliación de la vida laboral y familiar, la transversalización de la perspectiva de género en la actividad estatal,⁴⁰ así como la erradicación de la violencia y de los roles y estereotipos impuestos

⁴⁰ Morales Sánchez, Julieta, “Techo de cristal y discriminación: análisis de los límites impuestos para el empoderamiento económico de las mujeres”, en Galeana Herrera, Patricia (coord.), *Atrévete a cambiar: a una cultura de igualdad sustantiva*, México, CNDH, FEMU, 2018, pp. 301-328.

por una sociedad que sigue siendo mayoritariamente patriarcal, discriminadora y misógina.

A partir de los obstáculos expuestos *supra* se pueden diseñar las propuestas para la adecuada y urgente implementación de las reformas 2011. La situación se ha complejizado de manera severa debido a la pandemia por covid-19 y a continuación se hará referencia a esta temática, pero es necesario entender que la única vía para reconstruir, después de la tragedia humana que seguimos viviendo, es a través de los derechos humanos. Aquí adquieren mucha más importancia las acciones que implementen todos los órganos del Estado, después de la evaluación del fracaso colectivo que ha representado la primera década de vigencia de nuestro marco constitucional en la materia.

VII. CRISIS Y PANDEMIA: IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA 2011 COMO CANON DE LEGITIMIDAD

Antes de comenzar este apartado es preciso recordar qué significa “legitimar”: el *Diccionario de la Real Academia Española* dice que es “probar o justificar la verdad de algo o la calidad de alguien conforme a las leyes”. Para efectos de este trabajo, “la legitimidad es el reconocimiento por parte de la población de que los gobernantes de su Estado son los verdaderos titulares del poder y los que tienen derecho a ejercerlo: a crear y aplicar normas jurídicas, disponiendo del monopolio de la fuerza, de acuerdo con esas normas, sobre la población”.⁴¹ Es, por tanto, “la cualidad de un Estado por la cual éste está justificado en la posesión y ejercicio de la autoridad”.⁴²

En la medianía de un cumplimiento simulado y de fuerzas contrarias a la reforma 2011, surge el covid-19 y se produce una “crisis del Estado de derecho [que] arroja una serie de cuestiones totalmente radicales que podrían poner en duda la función y el destino de las instituciones que por algunos siglos han garantizado en Occidente un cierto nivel de protección de las libertades individuales y de limitación del poder estatal”.⁴³ José Ramón Cossío afirma que

... la crisis que vivimos ha producido ya sus propias normas jurídicas. Se ha buscado regular conductas para configurar fenómenos y producir resultados. Se han restringido movi- lidades, ordenado actividades, generado excepciones y dispuesto de recursos.

⁴¹ López Hernández, José, “El concepto de legitimidad en perspectiva histórica”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2009, p. 156.

⁴² *Ibidem*, p. 162.

⁴³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La noción de los derechos en la historia del constitucionalismo mexicano*, México, 2009, p. XXIV.

Entendiendo el complejo contexto en el que las cosas se están dando, conviene tener presentes algunos de los errores jurídicos que las autoridades ya han cometido con el ánimo de evitarlos, así como a los males propios de la pandemia, los generados por decisiones inválidas o de efectos no queridos”.⁴⁴

Por tanto, es conveniente pensar en cómo se logra que las autoridades de todos los órdenes de gobierno tengan legitimidad o recuperen la legitimidad perdida, sobre todo por la negligencia, la indolencia y las malas decisiones frente a la pandemia.

Las excepciones al marco constitucional y convencional en épocas de crisis son desviaciones graves del Estado de derecho y los mecanismos improvisados para tratar de paliar los errores que se vienen arrastrando por décadas no son válidos ni en tiempos de crisis; pero, sobre todo, hay que evitar caer en “tentaciones autoritarias”. En ese orden de ideas, se ha dicho que:

... muchos gobernantes acudieron al uso de figuras de excepcionalidad (emergencia sanitaria, económica y social, u otra figura similar) para gobernar por decreto e imponer una nueva rectoría al sector de la salud [...]. La gestión de la pandemia de la Covid-19 permitió desnudar la cultura política profunda, inconsciente [...] el régimen político formal de una República presidencialista no parece ser más que una máscara que esconde una cultura política hondamente monárquica y cortesana medieval [...]. El “Estado profundo”, que emerge de la crisis actual no parece ser otra cosa que un nuevo Estado barroco [...] un monarca o dictador benevolente legitimado por una autoridad divina y/o ilustrada, con elementos característicos de la dominación carismática, y que gobierna mediante una gestión pública autoritaria y paternalista, pero disponiendo hoy de herramientas tecnológicas digitales para la comunicación y la vigilancia permanente de sus sujetos. Frente a esta deriva neodespótica o neobarroca, es preciso estar alerta y trabajar [en] la construcción y consolidación de instituciones políticas y administrativas [...] [que promuevan] valores democráticos y participativos.⁴⁵

Y justamente es esta “nueva normalidad” o “nueva cotidianidad” en donde debemos de retomar el espíritu y la letra del mandato constitucional en materia de derechos humanos. Solo a través de la vigencia de la norma constitucional -convencional es que se podrá edificar una realidad distinta y digna para todas las personas. Por supuesto que no se quiere regresar a lo que se tenía antes: un mundo que convulsionaba social y ambientalmente. Se debe aspirar a mejorar lo que se

⁴⁴ Cossío Díaz, José Ramón, *Salud y derecho en tiempos de COVID*, México, Tirant lo Blanch, 2021, p. 87.

⁴⁵ Roth Deubel, André-Noël, “Modelos administrativos y gestión de pandemias de la edad media hasta nuestros días”, en Calzada Torres, Marisol y Mariñez Navarro, Freddy (coords.), *Gestión pública y políticas públicas en tiempos de emergencia. Lecciones aprendidas de la pandemia Covid-19*, México, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 78-79.

tenía antes, pero lo que se puede visualizar en un leve ejercicio prospectivo es que a los problemas que teníamos antes de la pandemia –y que jamás desaparecieron– se suman los generados durante la pandemia y otros más. Solo implementando la reforma de 2011 –en serio y sin dudas– se podrá recuperar la legitimidad de muchos gobiernos.

Es preciso que este aniversario de “las reformas” sea la oportunidad para reconfigurar la acción pública en México, por parte de todas las instancias, de todos los poderes y de todos los órdenes de gobierno. Porque:

Hoy más que nunca, en un contexto de perplejidad en abundancia, de incertidumbre radical desplegada en cada paso que damos, de palpar en primera persona el hundimiento (tal vez definitivo) de una manera de intentar gobernar sociedades de riesgo, escenarios de crisis sistémica y un futuro que se niega a ser domado con facilidad, la fatiga de materiales de nuestra institucionalidad y la obsolescencia de prácticas, expresada en la forma de gestionar la pandemia, nos invita a detenernos, a observar el camino [del pasado] y preguntarnos si conviene seguir del mismo modo ahora y en el futuro. Ha llegado el momento de sembrar algo nuevo, de enmendar, de enfocar los esfuerzos en algo distinto [...]. Aprovechar esta ventana de oportunidad para corregir modelos de desarrollo excluyentes [...]. El tema de fondo no es reiniciar el actual modelo o parcharlo, sino cambiar de raíz el sistema operativo que lo configura [...]. No hacerlo es perpetuar un camino que nos llevará, indefectiblemente, a un lugar en el que no queremos estar, y lo sabemos.⁴⁶

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Introducción”, en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996.
- CABALLERO OCHOA, José Luis y SÁNCHEZ GIL, Rubén (coords.), *Derechos constitucionales e internacionales. Perspectivas, retos y debates*, México, Tirant lo Blanch, 2018.
- CABALLERO OCHOA, José Luis y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *La interpretación conforme al modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2014.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución)”, Biblioteca Jurídica IJ-UNAM, s.f. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/6.pdf>

⁴⁶ Ramírez-Alujas, Álvaro, “Hasta que el gobierno abierto se haga costumbre. La ruta hacia una gobernanza abierta, resiliente e inclusiva para el desarrollo sostenible post pandemia”, en Calzada Torres, Marisol y Mariñez Navarro, Freddy (coords.), *Gestión pública, op. cit.*, p. 113.

- CALZADA TORRES, Marisol y MARIÑEZ NAVARRO, Freddy (coords.), *Gestión pública y políticas públicas en tiempos de emergencia. Lecciones aprendidas de la pandemia Covid-19*, México, Tirant lo Blanch, 2021.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, Senado de la República, Gobierno de la República, Poder Judicial de la Federación, *Diagnóstico sobre la implementación de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011. Evaluación del proceso a los 3 años de su entrada en vigor: una perspectiva integral del Estado mexicano*, México, 2014, https://www.senado.gob.mx/comisiones/derechos_humanos/docs/Diagnostico_RefConst_DH.pdf
- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011.
- COSÍO DÍAZ, José Ramón, *Salud y derecho en tiempos de COVID*, México, Tirant lo Blanch, 2021.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.*, *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional. In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio*, 3 ed., México, UNAM, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*, 5 ed., México, Porrúa, UNAM, 2019.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, “Vocación transformadora de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 24, núm. 1, enero/junio de 2020. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=1435&IDA=39027>
- GARDUÑO DOMÍNGUEZ, Gustavo y ANDREU GÁLVEZ, Manuel (coords.), *La Constitución mexicana de 1917: estudios jurídicos, históricos y de derecho comparado a cien años de su promulgación*, México, UNAM, 2019.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario, “Interés legítimo: naturaleza y alcances”, en GARDUÑO DOMÍNGUEZ, Gustavo y ANDREU GÁLVEZ, Manuel (coords.), *La Constitución mexicana de 1917: estudios jurídicos, históricos y de derecho comparado a cien años de su promulgación*, México, UNAM, 2019. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5145/5.pdf>
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, “El concepto de legitimidad en perspectiva histórica”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2009.
- MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *Migración irregular y derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2018.
- MORALES SÁNCHEZ, Julieta, “Techo de cristal y discriminación: análisis de los límites impuestos para el empoderamiento económico de las mujeres”, en GALEANA HERRERA, Patricia (coord.), *Atrévete a cambiar: a una cultura de igualdad sustantiva*, México, CNDH, FEMU, 2018, pp. 301-328.
- MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *Políticas públicas y derechos humanos*, México, Porrúa, UNAM, 2020.

- MORALES SÁNCHEZ, Julieta, “Cambio de paradigma derivado de la reforma al artículo 1.º de la Constitución Política: derechos, obligaciones y principios”, en *A 10 años de la reforma en materia de derechos humanos*, México, Instituto Matías Romero, Secretaría de Relaciones Exteriores, Facultad de Derecho, UNAM, Tirant lo Blanch, 2021, en prensa.
- MORALES SÁNCHEZ, Julieta, “Políticas públicas a partir de la reforma de derechos humanos de 2011”, en *Reflexiones a 10 años de la reforma constitucional de derechos humanos*, México, Secretaría de Gobernación, 2021, en prensa.
- POU GIMÉNEZ, Francisca, “Lo que quisiera que la Corte hiciera por mí: lealtad constitucional y justicia dialógica en la aplicación de la CT 293/2011”, en CABALLERO OCHOA, José Luis y SÁNCHEZ GIL, Rubén (coords.), *Derechos constitucionales e internacionales. Perspectivas, retos y debates*, México, Tirant lo Blanch, 2018.
- RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro, “Hasta que el gobierno abierto se haga costumbre. La ruta hacia una gobernanza abierta, resiliente e inclusiva para el desarrollo sostenible post pandemia”, en CALZADA TORRES, Marisol y MARIÑEZ NAVARRO, Freddy (coords.), *Gestión pública y políticas públicas en tiempos de emergencia. Lecciones aprendidas de la pandemia Covid-19*, México, Tirant lo Blanch, 2021.
- REFORMA DH. Recurso para la formación en Derechos Humanos, “Metodología” para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, <http://www.reformadh.org.mx/reformadh/index.php/metodologia>
- ROTH DEUBEL, André-Noël, “Modelos administrativos y gestión de pandemias de la edad media hasta nuestros días”, en CALZADA TORRES, Marisol y MARIÑEZ NAVARRO, Freddy (coords.), *Gestión pública y políticas públicas en tiempos de emergencia. Lecciones aprendidas de la pandemia Covid-19*, México, Tirant lo Blanch, 2021.
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, *Bases conceptuales para la implementación de la reforma constitucional de derechos humanos en la Administración Pública Federal*, s.f. <http://www.sct.gob.mx/normatecaNew/wp-content/uploads/2015/07/BCIRCDHAPF.pdf>
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, Secretaría de Relaciones Exteriores, Naciones Unidas, *Manual y protocolo para la elaboración de políticas públicas de Derechos Humanos conforme a los nuevos Principios Constitucionales. Programando con perspectiva de derechos humanos en México*, 2014. http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/1093/8/images/Manual_politica_publica_dh.pdf
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La Ley de Amparo en lenguaje llano. ¿Por qué es importante para la protección de nuestros derechos?*, México, SCJN, 2014. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/2016-11/LibroLeydeamparoenlenguajellano_0.pdf
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La noción de los derechos en la historia del constitucionalismo mexicano*, México, 2009.

LAS REFORMAS DE AMPARO Y DERECHOS HUMANOS: HERRAMIENTAS PARA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL *

Pedro Salazar Ugarte **

Carlos Ernesto Alonso Beltrán ***

RESUMEN

Las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos de junio de 2011 representan un avance significativo hacia la plena protección de los derechos humanos más allá del ámbito nacional. A diez años de su establecimiento, es importante observar en perspectiva los cambios suscitados por las mismas. El presente texto aborda el papel de los tribunales en la operatividad de estas dos reformas constitucionales. Específicamente, se considera que la suma de ambas tiene efectos en el plano de la justicia constitucional. Para ello, se evidencia la relevancia de los tribunales en la materia, pues las y los jueces adquieren un papel de garantía para las y los ciudadanos frente a las acciones y omisiones del Estado. En esa línea, se destacan tres casos resueltos por la SCJN que muestran la implementación de nuevos criterios en materia de derechos humanos y amparo. Por último, se recogen los efectos de los casos expuestos, indicando el aporte de las reformas constitucionales en la tarea de protección y garantía de los derechos fundamentales en México.

-
- * Parte del presente texto se desprende de un artículo previo: Salazar, Pedro y Alonso Beltrán, Carlos Ernesto, "Dos tribunales, una sentencia: el TEPJF en la garantía del derecho al voto de las personas en prisión preventiva", pendiente de publicación por el Instituto Electoral del Estado de Querétaro.
- ** Doctor en Filosofía Política por la Universidad de Turín, Italia. Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), del cual actualmente es Director; y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) III. pedsalug@yahoo.com
- *** Egresado de la Facultad de Derecho de la UNAM; asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 0407alonso@gmail.com

I

Desde 1981, año en que se ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 1998, año en que se aceptó la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nuestro país inició un paulatino avance hacia la plena protección de los derechos humanos, más allá del ámbito nacional.¹ Las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos, del 6 y 11 de junio de 2011, respectivamente, representan un avance importante en este mismo camino, y son reflejo del fenómeno bien descrito por Héctor Fix-Zamudio como la internacionalización de la Constitución.²

Si bien no es la intención de este texto recapitular cada una de las modificaciones constitucionales que se llevaron a cabo, no puede pasarse por alto que, a diez años de estas importantes reformas, resulta pertinente detener la marcha por un momento y observar en perspectiva los cambios suscitados.

Aunque las aristas desde las que este estudio puede ser abordado son muchas, particularmente consideramos que el papel de los tribunales –concretamente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)– es muy relevante en la operatividad de las reformas constitucionales. Específicamente, consideramos que la suma de ambas reformas tiene claros efectos en el plano de la justicia constitucional, ya que la reforma en materia de derechos humanos, entre otras cosas, hizo expresas las obligaciones estatales de respetar, proteger, garantizar y promover; incorporó principios interpretativos que favorecen la protección más amplia de la persona; y estableció una apertura del derecho nacional al derecho internacional, mientras que, en ese mismo sentido, la reforma en materia de amparo actualizó las reglas para la tramitación de los juicios de amparo, a la vez que reconoció mayores facultades para la Corte al momento de realizar su control de constitucionalidad.

¹ Sin duda el acercamiento entre nuestro país y el Sistema Interamericano data de mucho tiempo atrás, pues desde 1948 México formó parte de la Conferencia en la que se adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En esta misma reunión, la Unión Panamericana dio paso a la actual Organización de los Estados Americanos. Además, en 1967 la delegación mexicana participó en la reunión por medio de la cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue incorporada como órgano principal de la OEA, sin olvidar que los mexicanos Gabino Fraga y César Sepúlveda fueron designados como miembros de la misma. Véase Fix-Zamudio, Héctor, “Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, IJ-UNAM, 2013, pp. 41-43.

² Véase Fix-Zamudio, Héctor, “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en Vázquez Ramos, Homero (coord.), *Cátedra Nacional de Derecho Jorge Carpizo. Reflexiones Constitucionales*, México, IJ-UNAM, 2014.

De manera que las herramientas con las que cuentan las juezas y los jueces han sido robustecidas.

II

En 1964, durante el encuentro promovido por el Institut International de Philosophie sobre el fundamento de los derechos humanos, Norberto Bobbio aseguró que el problema –entonces actual– en torno a los derechos humanos ya no se encontraba en su fundamentación, sino en su garantía.³ Pues a partir de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 1948, la humanidad (al menos la occidental) manifestaba un consenso general sobre el reconocimiento de una serie de valores que puede ser considerado “humanamente fundado”.⁴ En este sentido, de acuerdo con Bobbio, el asunto de los derechos humanos trascendía –pero no así anulaba– la esfera de lo filosófico, para situarse en las esferas de lo jurídico y lo político.

Aunque el problema de la garantía puede extenderse a muy diversos ámbitos del Estado, la función jurisdiccional es particularmente una de las más involucradas en su materialización. En este sentido, el papel de las juezas y los jueces da cuenta de las dificultades tanto teóricas como prácticas en la garantía de los derechos.

Si bien, este nuevo tiempo de los derechos inaugurado con la Declaración Universal de Derechos Humanos vino acompañado de una paulatina actualización de diversas Constituciones nacionales que retomaban el modelo expresado en el artículo 16 la declaración francesa de 1789,⁵ ello, por sí mismo, no significó que el papel jurisdiccional evolucionara a la par de la nueva visión constitucional. Lo anterior sacó a flote las tensiones existentes en torno a una función jurisdiccional apegada a la tradición positivista, frente a una nueva postura jurisdiccional basada en el constitucionalismo.

Debe considerarse que este nuevo modelo no se restringe al establecimiento de límites al poder político, sino que los derechos, en cuanto pautas de optimización, delinear una serie de deberes estatales que ciñen aún más la función legislativa a las prescripciones constitucionales. En este sentido, el distanciamiento

³ Bobbio, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *El Tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 64-65.

⁴ *Idem*.

⁵ “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789; Véase Ferrajoli, Luigi, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho”, en Aienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, México, IJ-UNAM, 2016, pp. 90-91.

de tales directrices también es sujeto de control por parte de los tribunales.⁶ En efecto, una de las revoluciones de mayor relevancia en los últimos siglos ha sido la incorporación de los derechos fundamentales a los textos constitucionales.⁷ Dicha incorporación no significa una mera declaración de intenciones, sino que representa la sujeción estatal a la garantía de los mismos.⁸

Como lo indica Luigi Ferrajoli, a los derechos fundamentales, en cuanto derechos subjetivos públicos, les corresponde una garantía primaria, entendida como una expectativa de conducta que puede ser un “hacer” o un “no hacer” estatal;⁹ y siguiendo este orden de ideas, la transgresión o incumplimiento de estas obligaciones puede ser sancionable por la vía judicial a través de las garantías secundarias.¹⁰

En esta función de garantía secundaria, los tribunales son los encargados de dos aspectos fundamentales: 1) declarar la existencia o inexistencia de una violación de la garantía primaria y, con ello, en primer termino, establecer el alcance de los derechos contenidos en la Constitución; y 2) determinar la forma de reparación de los derechos conculcados. Como puede deducirse, esto trae como consecuencia que, en los modelos constitucionales contemporáneos, la mayor inclusión de derechos comporta la mayor imposición al Estado de obligaciones y restricciones, condición que aumenta la probabilidad de incumplimiento y, consecuentemente, aumenta la función jurisdiccional.¹¹ Esta situación coloca a los tribunales en un papel preponderante en la garantía de los derechos.

Todo este aumento en la actividad de las Cortes también ha recibido el nombre de “judicialización”. De acuerdo con Luis Roberto Barroso, esto es una consecuencia estructural de las democracias contemporáneas,¹² en las que “los asuntos relevantes política, social o moralmente están siendo decididos por el Poder Judicial”.¹³ Con esto, considera el autor, hay una “trasferencia de poder a las instituciones judiciales, en detrimento de las instancias políticas tradicionales, que son la Legislativa y la Ejecutiva”.¹⁴

⁶ Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 175-176.

⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7 ed., Madrid, Trotta, 2007, p. 26.

⁸ *Ibidem*, p. 59.

⁹ *Ibidem*, p. 43.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Ferrajoli, “El papel de la función judicial”, *cit.*, p. 88.

¹² Barroso, Luis Roberto, “Contramayoritario, representativo e iluminista: las funciones de los tribunales supremos y los tribunales constitucionales en las democracias contemporáneas”, en Niembro, Roberto y Verdugo, Sergio (coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambios*, México, SCJN, 2019, p. 13.

¹³ *Ibidem*, p. 9.

¹⁴ *Idem*.

Una de las principales implicaciones atribuidas a la judicialización es el denominado “activismo judicial”,¹⁵ que puede ser entendido como una actitud del poder judicial, “que elige una forma específica y proactiva de interpretar la Constitución, ampliando su significado y su alcance”.¹⁶ Su manifestación contraria sería la “moderación judicial”,¹⁷ que es aquella en la que las juezas y los jueces “buscan reducir su interferencia en las acciones de otros Poderes”.¹⁸

Si bien desde sus orígenes el término activismo judicial ha tenido una connotación peyorativa, pues se considera que a partir de este las juezas y los jueces se distancian indebidamente de la letra de la ley,¹⁹ debido a la interferencia que efectúan en la competencia de otros poderes, lo cierto es que, como bien apunta Luis Roberto Barroso, en muchas ocasiones dicha interferencia no es más que una “ocupación de espacios vacíos”,²⁰ con la que los tribunales terminan de fijar el alcance de una obligación estatal con respecto a un derecho. En otras palabras, las sentencias que suelen ser señaladas peyorativamente como “activistas”, en la mayoría de los casos solo están actuando dentro de lo que se espera de un tribunal constitucional²¹ que garantiza derechos dentro de un constitucionalismo fuerte.

No obstante esto, no puede pasar desapercibido que cuando se acepta un modelo constitucional en el que no solo se prescriben límites al poder, sino que se

¹⁵ El término fue acuñado por el historiador Arthur Schlesinger Jr., quien en 1947 lo utilizó para referirse de manera peyorativa a la interpretación que la Suprema Corte de Justicia estadounidense estaba realizando bajo la presidencia del juez Earl Warren. Véase Almeida Ribeiro, Gonçalo, “Judicial Activism and Fidelity to Law”, en Pereira Coutinho, Luís, La Torre, Massimo y Smith, Steven D. (eds.), *Judicial activism: An interdisciplinary approach to the American and European experiences*, Berlín, Springer, 2015, p. 2. Debe recordarse que la Corte Warren es conocida por haber emitido muchas de las sentencias más importantes en la expansión de derechos fundamentales, entre ellas, la sentencia *Brown vs. Board of Education*, con la cual se declaró inconstitucional la segregación racial en las escuelas de Estados Unidos. Véase Carter, Robert L., “The Warren Court and the desegregation”, *Michigan Law Review*, 67, núm. 2, diciembre de 1968, pp. 238-239. Además, esta Corte dio un paso fundamental al separarse del modelo de interpretación “originalista” que buscaba encontrar la intención original del constituyente, para proponer una interpretación que buscara la expansión de los derechos fundamentales de acuerdo con la actualidad de los tiempos. Véase Santiago Juárez, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, IJ-UNAM, Conapred, 2007, pp. 157-159.

¹⁶ Barroso, *op. cit.*, p. 13.

¹⁷ Sobre este punto, Mariana Gascón Abellán advierte que “la Constitución no predetermina la solución a todos los conflictos, y en la medida en que el Tribunal en un ejercicio de autocontención rehúse entrar en cuestiones de legalidad ordinaria, numerosos problemas quedarán abiertos no sólo a distintas opciones políticas, sino también a diversas interpretaciones jurídicas”. Gascón Abellán, “Justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derechos Constitucional*, 14, núm. 41, mayo-agosto de 1994, p. 80.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Véase Almeida Ribeiro, *op. cit.* p. 3.

²⁰ Barroso, *op. cit.*, p. 12.

²¹ Saba, Roberto, “La elusiva frontera entre la justicia y la política”, en Niembro, Roberto y Verdugo, Sergio (coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambios*, México, SCJN, 2019, p. 295.

articulan una serie de pautas estatales, en las que hay una expectativa de lo que se “debe hacer”,²² las Cortes muchas veces suplen la labor legislativa por la vía jurisprudencial.

Mariana Gascón Abellán diferencia aquí entre sentencias interpretativas y sentencias manipulativas. Las primeras son aquellas en las que los tribunales distinguen entre disposiciones y normas. El texto plasmado en las leyes es entendido como una disposición, mientras que la interpretación que realiza el tribunal es entendida como una norma, la cual vincula a las autoridades receptoras de la misma y, dependiendo de la estructura orgánica de los poderes judiciales, a los demás tribunales que formen parte del sistema. En este sentido, más allá de lo plasmado por el legislador, es la interpretación constitucional la que resulta obligatoria.²³

El segundo tipo de sentencias son las manipulativas o aditivas, en las que la interpretación judicial añade un contenido normativo que no se encontraba previsto por el texto emitido por el legislador.²⁴ Si bien, sin duda, esto puede ser entendido como una labor *cuasi* legislativa de los tribunales, que para algunos supone el riesgo de la arbitrariedad de las Cortes,²⁵ también es importante considerar que las sentencias reclaman un principio de fundamentación en el que la decisión tomada debe poder ser contrastada con las pautas constitucionales, a diferencia de la función legislativa, en la que impera la discrecionalidad política.²⁶ Como afirma Prieto Sanchís:

... desde el punto de vista de su aplicación, los principios y la técnica de la ponderación pueden incrementar la indeterminación del Derecho y la discrecionalidad del juez [...]. Pero desde el punto de vista del legislador sometido al control de constitucionalidad (abstracto o concreto), el mismo fenómeno parece tener justamente el efecto contrario: donde antes existía discrecionalidad política ahora se alzan los principios [...] y sus cultivadores, los jueces, porque donde antes existía indeterminación ahora pretende existir determinación, aunque sea la que modestamente ofrecen los principios.²⁷

En este sentido, la función de los tribunales adquiere un papel sumamente relevante dentro del constitucionalismo fuerte, pues ella implica, por un lado,

²² Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 186.

²³ Gascón Abellán, *cit.*, p. 72.

²⁴ *Ibidem*, p. 73.

²⁵ Salazar, Pedro, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 228.

²⁶ Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 192. “Si puede decirse así, la racionalidad política ‘mira hacia el futuro’, es un cálculo de consecuencias, de fines y de medios a diferencia de la racionalidad jurídica, que ‘mira desde el pasado’, desde un sistema normativo que ha de proporcionar y justificar el criterio de la decisión”. Gascón Abellán, *op. cit.* p. 82.

²⁷ *Idem*.

verificar la actuación estatal dentro de los límites constitucionales y, por otro, hacer operativos los derechos que no están siendo garantizados por la obligación legislativa o ejecutiva. En otras palabras, las y los jueces adquieren un papel de garantía para las y los ciudadanos frente a las acciones y omisiones del Estado.²⁸

III

Con respecto a la función jurisdiccional, la cual busca ampliar el alcance de la garantía de los derechos humanos, es posible destacar algunos casos resueltos por la SCJN, en los cuales se muestra una implementación de los nuevos criterios en materia de derechos humanos y amparo. De antemano, debe advertirse que los siguientes casos solo son una muestra indicativa y no exhaustiva de los asuntos tratados por el tribunal, además de que su exposición en este texto no pretende abundar sobre cada una de las resoluciones.

Amparo en Revisión 714/2017²⁹

El amparo resuelto por la Segunda Sala de la SCJN aborda el tema de la educación inclusiva. En el caso, 137 personas, quienes se identificaban como personas con discapacidad, reclamaban la afectación provocada por la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista (LGAPPCEA), debido a que dicha ley, entre otras cosas, regulaba la figura de la educación especial. De acuerdo con las personas peticionarias, el modelo de educación especial es contrario al modelo de educación inclusiva, ya que con él se perpetúa un tipo de educación que segrega a las personas con discapacidad, al impedirles asistir a las mismas escuelas que las personas sin discapacidad, además de que ello arraiga una serie de estereotipos y estigmas en su contra.

En el análisis del caso, la SCJN reconoció el derecho a la educación como pilar fundamental para el desarrollo de otros derechos y que por esta razón requiere de la adopción de un modelo de educación inclusiva por medio del cual se garantice el acceso a ella sin discriminación para todas las personas y, más importante aún, se asegure que dicho modelo educativo sea capaz de adaptarse a sus necesidades individuales. De esta manera, las personas con discapacidad no deben ser segregadas con el argumento de que no son capaces de adaptarse, sino que deben ser incluidas, con la óptica de que es el sistema el que debe adaptarse a ellas.

²⁸ Ferrajoli, *Derechos y garantías*, cit., p. 26.

²⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Segunda Sala, Amparo en Revisión 714/2017, 3 de octubre de 2018, ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán.

Para arribar a esta conclusión, la Corte interpretó las obligaciones del Estado mexicano en materia de educación, en armonía con el artículo 24³⁰ de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el artículo 13, junto con el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC).³¹ De esta manera, el parámetro de regularidad con el que se examinó la constitucionalidad de la LGAPCEA no se limitó al derecho nacional.

Amparo en Revisión 378/2014³²

A partir de un juicio de amparo indirecto, cuya revisión fue atraída por la SCJN, tres pacientes del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias (INER) reclamaron la omisión de las autoridades de salud en garantizar, hasta el máximo de los recursos disponibles, el más alto nivel de salud posible. De acuerdo con el caso, las autoridades del INER habían autorizado la construcción de un nuevo pabellón médico —el pabellón 13— para dar tratamiento a pacientes con VIH. Ello debido a que las personas con VIH presentan un sistema inmunológico vulnerable que las hace susceptibles de contraer enfermedades oportunistas que pueden agravar su salud. Sin embargo, el proyecto de construcción fue detenido, con el argumento de falta de presupuesto.

Dentro del análisis realizado por la Corte, esta consideró, entre otras cosas, que el derecho a la salud contenido en el artículo 4o. constitucional debe ser interpretado a la luz de las obligaciones internacionales derivadas del artículo 2o. del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esto significa que las autoridades están obligadas a garantizar el derecho a la salud en una dimensión inmediata y otra progresiva. La primera implica asegurar a todas las personas un nivel esencial del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, y la segunda, lograr su pleno ejercicio hasta el máximo de los recursos que disponga. A esto último debe añadirse que, cuando se aduzca falta de recursos para garantizar el derecho a la salud, el Estado debe probar dicha falta, además de comprobar que ha realizado todos los esfuerzos pertinentes para utilizar los recursos a su alcance.

³⁰ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida”.

³¹ ONU, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966.

³² SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 378/2014, 15 de octubre de 2014, ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán.

Por lo anterior, la SCJN determinó que la omisión de las autoridades de construir el pabellón 13, en el que se pudiera dar tratamiento a pacientes con VIH, redundaba en una afectación a su derecho al más alto nivel de salud posible, ya que, al encontrarse en una condición de vulnerabilidad, derivada de su propensión a contraer enfermedades que deterioraran su salud y pusieran en riesgo su vida, requería del Estado la toma de acciones concretas que revirtieran esa situación. Una de ellas, la construcción de un área específica que minimizara dichos riesgos, garantizando los estándares de salud de la Organización Mundial de la Salud.

Un aspecto que no puede omitirse respecto de esta sentencia es la afirmación que realiza la Corte al considerar que, si bien los tribunales no participan en la ejecución de las políticas públicas, ni dentro de los debates legislativos, sí les corresponde velar por que dichas autoridades cumplan con sus obligaciones constitucionales-internacionales en cuanto a la garantía de los derechos. Por lo tanto, corresponde a la Corte velar por que los derechos no se reduzcan a “buenas intenciones”, sino que tengan un impacto material en la vida de las personas.

Amparo en Revisión 704/2014³³

A partir de la resolución de este amparo, la SCJN reunió las cinco ejecutorias que –en ese tiempo– se necesitaban para que el matrimonio entre parejas del mismo sexo alcanzara el grado de precedente vinculante para el Poder Judicial y demás autoridades del Estado mexicano. En el caso, una persona residente del estado de Colima, quien manifestaba tener una orientación sexual homosexual, consideraba que, aun sin haber intentado contraer matrimonio, la sola existencia del artículo 147 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima y diversas disposiciones del Código Civil y Código de Procedimientos Civiles locales vulneraban su derecho a la igualdad y no discriminación. Esto, en virtud de que la Constitución estatal establecía que, dentro de la entidad, las relaciones conyugales se clasificaban en matrimonio y enlace conyugal. El primero, definido como aquel contrato civil que se celebra entre un solo hombre y una sola mujer; mientras que el segundo es aquel enlace que se celebra entre dos personas del mismo sexo. Por su parte, los artículos del Código Civil y Código de Procedimientos Civiles fueron combatidos porque se sustituyó el concepto de matrimonio por el de relaciones conyugales.

³³ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 704/2014, 18 de marzo de 2015, ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

En la resolución de este asunto, la SCJN realizó aportes de gran valía, principalmente en el desarrollo conceptual de la figura del interés legítimo, introducido a partir de la reforma de 2011. En primer lugar, dado que, como advertimos, el quejoso no había intentado contraer matrimonio, el juzgado de primera instancia había considerado que no existía un acto de aplicación de la norma en su contra y, por tanto, el juicio no podía ser tramitado. La Corte consideró que la acción que esta persona resentía sobre sus derechos era, precisamente, la distinción realizada por la norma, en la que el matrimonio se reservaba para parejas heterosexuales, mientras que las parejas homosexuales debían acudir al enlace conyugal, distinción que le generaba un daño expresivo, pues enviaba un mensaje estigmatizante en contra de las personas homosexuales. En este punto, la Corte consideró que la norma generaba una afectación indirecta, derivada de la especial situación del quejoso frente al orden jurídico, por lo que no resulta necesario que el quejoso sea destinatario concreto de la norma, sino que basta con que resienta los efectos indirectos e incondicionados de la misma.

Como segundo punto, a partir de un test de escrutinio estricto, la Corte consideró que la norma examinada realizaba una distinción claramente discriminatoria, ya que la orientación sexual no constituye un aspecto relevante que justifique la exclusión de las personas homosexuales de la figura del matrimonio. En este sentido, ya que el matrimonio otorga a los cónyuges una gran cantidad de derechos, el negar a las parejas homosexuales los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales a través del matrimonio implica tratar a los homosexuales como si fueran “ciudadanos de segunda clase”.

IV

Los casos que aquí hemos expuesto son ejemplos del papel que juegan las Cortes constitucionales en la garantía de los derechos. Contrario a los parámetros más clásicos que se decantaban por modelos de tribunales limitados, en los que el papel de las juezas y los jueces era eminentemente normativo, las reformas constitucionales de 2011 han ampliado las herramientas procesales y argumentativas a fin de permitir una mejor garantía de los derechos.

Como un esbozo general, podemos apreciar que, en el primer caso expuesto, la Corte recurrió a criterios y parámetros internacionales que le permitieran nutrir el concepto de discapacidad y las obligaciones reforzadas que deben observarse en materia de educación; el segundo caso analizado es un claro ejemplo de la importancia que tienen las Cortes frente a la pasividad del Estado en materia de DESC; y el tercer caso permite vislumbrar interpretaciones más ambiciosas respecto del

interés legítimo, lo que hace posible que más personas hagan valer sus pretensiones frente al tribunal.

Como lo advertimos arriba, este papel de los tribunales como garantes no se encuentra exento de críticas y retenciones; sin embargo, tampoco debe pasar desapercibido que la obligación de garantizar los derechos compete a todas las autoridades del Estado en el ámbito de sus competencias, por lo que la acción de las Cortes en lo concerniente a las omisiones es tan importante como su función de contención de los otros poderes.

Es por lo anterior que, como puede observarse, las reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos han representado un aporte de gran valía en la efectiva protección y garantía de los derechos fundamentales en nuestro país. Si bien este texto se centró en los avances que las mismas han provocado en tres decisiones jurisdiccionales, no puede pensarse que nos encontramos en el final del camino. Los pendientes aún son muchos y la responsabilidad de esta generación sigue siendo el ampliar y consolidar el alcance de estas reformas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA RIBEIRO, Gonçalo, “Judicial Activism and Fidelity to Law”, en PEREIRA COUTINHO, Luís, LA TORRE, Massimo y SMITH, Steven D. (eds.), *Judicial activism: An interdisciplinary approach to the American and European experiences*, Berlín, Springer, 2015. <https://ssrn.com/abstract=3271028>; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3271028>
- BARROSO, Luis Roberto, “Contramayoritario, representativo e iluminista: las funciones de los tribunales supremos y los tribunales constitucionales en las democracias contemporáneas”, en NIEMBRO, Roberto y VERDUGO, Sergio (coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambios*, México, SCJN, 2019.
- BOBBIO, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *El Tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- CARTER, Robert L., “The Warren Court and the desegregation”, *Michigan Law Review*, 67, núm. 2, 1968, pp. 237-248.
- FERRAJOLI, Luigi, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho”, en ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, México, IJ-UNAM, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7 ed., Madrid, Trotta, 2007.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en VÁZQUEZ RAMOS, Homero (coord.), *Cátedra Nacional de Derecho Jorge Carpizo. Reflexiones Constitucionales*, México, IJ-UNAM, 2014.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl y VALADÉS, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, IJ-UNAM, México, 2013.
- GASCÓN ABELLÁN, “Justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derechos Constitucional*, 14, núm. 41, mayo-agosto de 1994, pp. 63-87.
- ONU, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13 de diciembre de 2006.
- ONU, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 161-195.
- SABA, Roberto, “La elusiva frontera entre la justicia y la política”, en NIEMBRO, Roberto y VERDUGO, Sergio (coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambios*, México, SCJN, 2019.
- SALAZAR, Pedro y ALONSO BELTRÁN, Carlos Ernesto, “Dos tribunales, una sentencia: el TEPJF en la garantía del derecho al voto de las personas en prisión preventiva”, México, Instituto Electoral del Estado de Querétaro, en prensa.
- SALAZAR, Pedro, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- SANTIAGO JUÁREZ, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, IJ-UNAM, Conapred, 2007.

Jurisprudencia

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), Primera Sala, Amparo en Revisión 704/2014, 18 de marzo de 2015, ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.
- SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 378/2014, 15 de octubre de 2014, ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán.
- SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 714/2017, 3 de octubre de 2018, ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán.

LOS AVANCES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA DE DERECHOS HUMANOS: UNA EVALUACIÓN APROXIMADA

Ricardo J. Sepúlveda Iguíniz*

RESUMEN

La reforma constitucional de 2011 ha sido uno de los procesos más profundos de transformación jurídica en nuestro sistema constitucional. El presente texto evalúa las acciones de implementación y los impactos de esta reforma en los siguientes campos: 1) subsecuentes reformas constitucionales, 2) aplicación de tratados internacionales de derechos humanos, 3) leyes reglamentarias previstas en los artículos transitorios de la reforma, 4) impartición de justicia, 5) función administrativa y políticas públicas, 6) reparación integral a víctimas de violaciones de derechos humanos, 7) cumplimiento de obligaciones internacionales, 8) fortalecimiento de las comisiones de derechos humanos, 9) defensa de estos derechos desde la sociedad civil y, por último, 10) establecimiento de los derechos humanos como un principio de la educación. Posteriormente, se aborda el papel de la reforma en relación con la disminución de las violaciones de los derechos humanos y se evalúa su impacto cultural. Para concluir, se presentan las debilidades de esta reforma y se dan algunas recomendaciones dirigidas a fortalecer su proceso de implementación.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma de derechos humanos ha sido uno de los procesos más profundos de transformación jurídica en nuestro sistema constitucional a lo largo de la historia. En este breve análisis nos proponemos hacer evaluación aproximada de los

* Experto en Derechos Humanos; catedrático de Teoría Política Constitucional en la Escuela Libre de Derecho. Exdirector de Políticas Públicas de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación. rjsepulveda00@gmail.com

impactos de la reforma, partiendo de analizar los avances en su implementación. Lo primero que hay que destacar en un panorama global es que la trascendencia de la reforma está fincada, fundamentalmente, en el cambio de paradigma filosófico-jurídico. Efectivamente, la discusión que se generó en los ámbitos académicos, e incluso legislativos, alcanzó los principios de filosofía jurídica sobre los que se sustenta el sistema constitucional. En este sentido, un primer análisis consiste en evaluar dicho cambio. La reforma, en el texto del artículo 1o. constitucional, abandonó el exacerbado formalismo constitucional que caracterizó a nuestro sistema constitucional durante todo el siglo XX y abrió las puertas a un modelo constitucional más flexible.¹

Ahora bien, para hacer una evaluación que, además de objetiva, resulte útil, debe tomarse en cuenta que la reforma implicó cambios en once artículos de la Constitución y en materias tanto sustantivas como orgánicas, por lo que es necesario acotar el objeto y definir una metodología. En nuestro caso hemos optado por seleccionar aspectos tanto cuantitativos como cualitativos que nos permitan identificar las acciones de implementación y sus impactos. Asimismo, los hemos estructurado en torno a cada uno de los órganos de poder y a sus funciones, pero también hemos incluido los sectores sociales. Confiamos en que esta pluralidad y esquematización nos permitirá, al final, arribar a algunas conclusiones que, superando el mero recuento de acciones, nos ayuden a identificar las áreas de debilidad y concluir con algunas recomendaciones pertinentes.

La pregunta ineludible para evaluar cualquier reforma de derechos humanos es si ha habido cambios concretos en su goce y ejercicio. A este tamiz está orientado el presente ensayo. Sin embargo, antes de entrar al examen de los puntos específicos, conviene tener presentes las expectativas originales, ya que esto nos da también un punto de referencia. Durante el proceso de aprobación, que duró más de una década, existió la convicción de que este cambio constitucional cimbraría las bases de nuestro sistema jurídico y traería impactos en muchos de los sectores sociales, como el económico, el de la seguridad pública, el ambiental, etc. Paralelamente, existieron también los que podríamos llamar “falsos temores” de algunos que, por distintas razones, consideraban que los efectos iban a ser contraproducentes para la fortaleza del Estado e incluso para los propios derechos humanos de las personas. Podría parecer inverosímil, pero así fue, y no puedo

¹ Este planteamiento lo hemos desarrollado más ampliamente en Sepúlveda I., Ricardo J., “Evolución filosófica-jurídica de los derechos humanos en la Constitución mexicana”, en González Pérez, Luis Raúl (coord.), *Los derechos humanos en el centenario de la Constitución de 1917*, México, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios de la Revolución Mexicana, IJ-UNAM, 2017, pp. 45-73.

dudarlo, porque me tocó ser testigo de ello. Instituciones como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos tomaron bandera, al menos en algunos momentos de este proceso, en contra de la aprobación de la reforma. De igual manera, lo hicieron juristas, legisladores, representantes de sectores de interés, etc. Así, para la aprobación de la reforma hubo que superar, además de la marginación propia del tema de derechos humanos, argumentos falaces que esgrimían una amenaza a la soberanía nacional frente a los intereses extranjeros y una violación al principio de supremacía constitucional al someternos a normatividad y decisiones de organismos internacionales, algunos incluso con facultades jurisdiccionales. Por fatuos, estos argumentos terminaron cediendo ante principios como el de la universalidad de los derechos humanos y, sobre todo, frente al argumento de que fortalecer el sistema de reconocimiento y protección de derechos es siempre un paso hacia la consolidación de todo el sistema constitucional.²

La reforma se planteó como un cambio en el sistema de reconocimiento y protección de derechos humanos y, de esa forma, se vislumbró como un punto de inflexión, donde el detonante del cambio provendría del empoderamiento jurídico de las personas como titulares de derechos humanos. La cuestión ahora es preguntarnos si eso ha sucedido.

II. AVANCES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA

Cabe iniciar este análisis señalando la importancia que tiene hacer ejercicios de evaluación sobre procesos constitucionales y legislativos. De hecho, ha sido una de las carencias en la reforma de derechos humanos. Cualquier proceso de implementación requiere de trabajos de evaluación sistemáticos. Las leyes no se terminan al expedirse y debe haber un proceso continuado de aplicación con participación de los órganos de poder de los diferentes órdenes de gobierno y con un programa de seguimiento que incluya indicadores cuantitativos y cualitativos. En este contexto sobresale, por ser el único ejercicio de evaluación, aunque limitado, la elaboración y presentación de los informes de avances y retos de la reforma que coordinó la Secretaría de Gobernación con la participación de los tres poderes y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.³

² Cfr. Hesse, Conrado, "Significado de los Derechos Fundamentales," en *Manual de Derecho Constitucional*, 2 ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 114.

³ *Diagnóstico sobre la implementación de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011. Evaluación del proceso a tres años de su entrada en vigor: una perspectiva integral del Estado mexicano*, México, Secretaría de Gobernación, Cámara de Diputados, Senado de la República, Poder Judicial de la Federación, 2014; *Avances y retos en la implementación de la reforma constitucional*

1. El marco constitucional

Un ámbito obligado de análisis es el impacto de la reforma en las subsecuentes reformas constitucionales, esto por tratarse de principios que deberían influir transversalmente en el resto del contenido constitucional y también porque la reforma se cionó a establecer las bases del sistema, dejando para un segundo momento la armonización de los derechos en específico.

En estos diez años se han promulgado diversas reformas en materia de derechos humanos. Algunas de las más relevantes han sido las siguientes:

	Fecha	Artículos reformados	Descripción
1	12 de octubre de 2011	4o. y fracción XXIX-J del artículo 73	Eleva a rango constitucional el derecho a la cultura física y a la práctica del deporte y faculta al Congreso para legislar en la materia.
2	12 de octubre de 2011	4o. y se adiciona la fracción XXIX-P al artículo 73	Eleva a rango constitucional el interés superior y derechos de la niñez. Faculta al Congreso para legislar en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes.
3	13 de octubre de 2011	4o.	Eleva a rango constitucional el derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad.
4	8 de febrero de 2012	4o.	Eleva a rango constitucional el derecho al agua para uso personal y doméstico, así como el derecho al medio ambiente sano.
5	25 de julio de 2016	73 fracción XXIX-X	Faculta al Congreso para expedir la ley general en materia de derechos de las víctimas.
6	25 de junio de 2012	73 fracción XXI	Faculta a las autoridades federales para conocer de los delitos del fuero común, cuando estos tengan relación con delitos contra periodistas.
7	19 de julio de 2013	24	Precisa el concepto de libertad de culto como "libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión".
8	17 de junio de 2014	4o.	Incorpora el derecho de toda persona a la identidad y a ser registrada de manera inmediata a su nacimiento.
9	17 de junio 2014	123 fracción III	Establece la prohibición de la utilización del trabajo de los menores de quince años.
10	10 de julio de 2015	73, fracción XXI, inciso a	Establece la facultad del Congreso para expedir las leyes generales en materia de desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
11	9 de agosto de 2019	2o.	Reconoce a los pueblos y comunidades afro mexicanas.

de derechos humanos, México, Secretaría de Gobernación, Cámara de Diputados, Senado de la República, Poder Judicial de la Federación, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

	Fecha	Artículos reformados	Descripción
12	8 de mayo de 2020	4o.	Consagra un sistema de salud para el bienestar. Establece la entrega de un apoyo económico a las personas que tengan discapacidad permanente, una pensión para las personas adultas mayores y sistema de becas para los estudiantes de todos los niveles escolares.
13	18 de diciembre de 2020	4o., 73, 115 y 122	Incorpora el derecho de toda persona a la movilidad en condiciones de seguridad vial, accesibilidad, eficiencia, sostenibilidad, calidad, inclusión e igualdad.
14	24 de diciembre de 2020	4o. y 73	Establece que el Estado promoverá el desarrollo integral de las personas jóvenes.

Como puede apreciarse en esta selección, el proceso de ampliación de derechos ha continuado sin que haya habido reformas regresivas.

Por otro lado, los cambios a los 11 artículos constitucionales han permanecido firmes, salvo en dos casos: en el del artículo 11, que se corrigió, ya que la reforma adolecía de serias inconsistencias,⁴ y en el del artículo 3o., para hacer más explícito el principio de derechos humanos en la Constitución.

2. La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos

Uno de los puntos al que es obligado referirse al hablar de las expectativas que existieron respecto de esta reforma y compararlo con los avances logrados es el referente a la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos. Inicialmente muchas de las iniciativas presentadas estuvieron encaminadas a modificar el artículo 133 de la Constitución, para darles jerarquía superior a los tratados sobre las leyes federales y locales, con el propósito de lograr una mayor aplicación de los tratados por parte de jueces y magistrados. Este planteamiento se superó gracias a la visión de muchas personas, entre académicos, funcionarios, legisladores, hombres y mujeres, que ampliaron el horizonte. Con el nuevo texto del artículo 1o. constitucional, sin necesidad de modificar la jerarquía formal, se logró dar rango constitucional a los derechos humanos reconocidos en todos los tratados e incluso, con el principio *pro persona*, abrir la posibilidad de su aplicación supraconstitucional.⁵

⁴ Cfr. Sepúlveda I., Ricardo J., "Análisis de los aspectos de la reforma constitucional relacionados con el ámbito internacional (asilo y refugio)", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011.

⁵ Tesis 1a./J 107/2012, "Principio *pro persona*. Criterio de selección de la norma de derecho fundamental aplicable", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VII, t. II, octubre de 2012, p. 799.

De manera práctica, hoy podríamos afirmar que, gracias a esta reforma, los tratados internacionales de derechos humanos tienen una aplicación cotidiana por parte de jueces y magistrados, al punto que son conocidos cada vez más por todas las autoridades y enseñados en las aulas universitarias.

3. El marco legislativo

El principal punto de evaluación en este renglón es el de las leyes reglamentarias previstas en los artículos transitorios de la reforma. Al respecto, hay que señalar que, efectivamente, se expidió la Ley General de Víctimas, reglamentaria del artículo 1o., párrafo 3.⁶ Sin embargo, a diez años siguen pendientes la ley reglamentaria del artículo 29 en materia de suspensión del ejercicio de derechos y, para la del 33, reglamentar el procedimiento administrativo que se debe seguir en la expulsión de extranjeros por parte del órgano ejecutivo. No existe justificación ante tal omisión, por lo que lo único que procede es exhortar a que se cumpla con esta obligación.

En contrapartida, podemos encontrar varias leyes que, sin tener el carácter de reglamentarias, derivaban directamente de la reforma y se han modificado para armonizarlas con el nuevo texto constitucional. Tal es el caso de la Ley Orgánica de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que se adecuó a las modificaciones de los artículos 97 y 102; la Ley Nacional de Ejecución Penal, que permite el cumplimiento del artículo 18 constitucional; la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político; y la Ley General de Educación, para adecuarse a lo establecido en el artículo 3o.

En un análisis más amplio del marco legal, podemos observar que los principios establecidos en el artículo 1o. han dado la pauta a cambios en la legislación, no solamente para su armonización formal, sino para orientar sus contenidos conforme a los principios de la reforma. Dentro de estos ejemplos podemos citar los cambios a la Ley de Migración;⁷ a la Ley Federal del Trabajo;⁸ a la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes;⁹ a la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas y Desaparición cometida por Particulares, así como al Sistema Nacional de Búsqueda de Personas¹⁰ y al Código Nacional de Procedimientos

⁶ La Ley General de Atención a Víctimas (DOF, 9 de enero de 2013) señala en su artículo 1o., como fundamento, el párrafo 3 del artículo 1o. Constitucional.

⁷ Fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, 25 de mayo de 2011.

⁸ Reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*, 12 de junio de 2015.

⁹ Fecha de Publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, 26 de junio de 2017.

¹⁰ Fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, 17 de noviembre de 2017.

Penales.¹¹ Mención especial merece la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.¹² Otro caso digno de mención es el avance que han tenido las leyes de ingresos, al incorporar el principio de progresividad en sus principios de aplicación.¹³

Esta breve enumeración de ordenamientos nos permite observar que uno de los efectos generados por la reforma ha sido la transformación legislativa, y si bien no podemos afirmar que se trata de un cambio integral, sí se aprecia un cambio de tendencia gradual. Sin embargo, hay un punto en el que la armonización es aún más importante y es en los ordenamientos expedidos con anterioridad a la reforma. Uno de los obstáculos más frecuentes en los que se excusa la autoridad para incumplir sus obligaciones en derechos humanos es lo mandado por las normas legales y administrativas. En este marco, cabe hacer mención de dos esfuerzos que se realizaron con este fin. Uno de ellos fue la instalación de la Mesa de Armonización Normativa en la Secretaría de Gobernación, en el año 2014, que tenía como objetivo coordinar un proceso integral de armonización de toda la normatividad administrativa.¹⁴ Otro ejercicio es el que puso en marcha la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para lograr la armonización de las Constituciones locales con la Constitución general. Los resultados de este esfuerzo fueron plausibles. Según los últimos registros, en todas las Constituciones locales se inició un proceso de armonización y en nueve de ellas ajustaron todos los contenidos a lo establecido en la reforma constitucional.¹⁵

4. La impartición de justicia

Como sucedió desde el inicio de la reforma, es de reconocer que el órgano judicial fue quien asumió con mayor iniciativa la obligación de llevarla a la práctica. Esto incluyó, por supuesto, ejercicios amplios de capacitación y formación que, sin duda, tuvieron un impacto muy positivo, pero, más allá de esto, a partir de la reforma se puede identificar un cambio sustantivo en los criterios sustentados

¹¹ Fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2014.

¹² Fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, 4 de diciembre de 2014.

¹³ Como ejemplo, se puede citar el artículo 26 de la Ley de Ingresos para el ejercicio fiscal 2021 (DOF 25-nov-2020): “los estímulos fiscales y las facilidades administrativas que prevea la Iniciativa de Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2022 se otorgarán con base en criterios de eficiencia económica, no discriminación, temporalidad definida y progresividad”.

¹⁴ *Cfr.* Gobierno de México, Secretaría de Gobernación, “7° Aniversario de la Promulgación de la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos”, blog.

¹⁵ La mesa llevó el nombre de Plataforma de Seguimiento a la Armonización Normativa de los Derechos Humanos. CNDH - Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “Presenta CNDH la plataforma de seguimiento a la armonización normativa de los derechos humanos, que permitirá diagnosticar el andamiaje jurídico que daría vida plena a la reforma constitucional en la materia”, Ciudad de México, 13 de junio de 2016, Comunicado de Prensa CGCP/162/16.

por nuestro más alto tribunal y por los tribunales federales conforme a los cuales se han ampliado significativamente el reconocimiento y la protección de los derechos humanos.

En este sentido, han sido fundamentales los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) para definir los alcances de los principios establecidos en la reforma. Dentro de ellos, pueden citarse: a) el criterio que estableció que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional;¹⁶ b) el que señaló la obligatoriedad de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), incluyendo los casos en que el Estado mexicano no sea parte;¹⁷ c) la definición de los alcances del principio *pro persona*;¹⁸ d) la metodología para aplicar los principios de interpretación de derechos humanos;¹⁹ y e) la definición conceptual del principio de progresividad y sus concreciones prácticas.²⁰ La propia SCJN ha hecho un ejercicio de identificación de las principales sentencias en materia de derechos humanos, agrupándolos en los siguientes temas:²¹

- Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales
- Libertad de expresión
- Niñas, niños y adolescentes
- Personas migrantes
- Personas con discapacidad
- Personas mayores
- Personas, pueblos y comunidades indígenas
- Género
- Tortura

Aún y cuando quedan muchos temas que abordar, nos parece que este recuento es suficiente para apreciar el viraje que ha tenido la interpretación constitucional en derechos humanos. La Suprema Corte de Justicia, a través de su

¹⁶ Tesis P./J. 20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202.

¹⁷ Tesis P./J. 21/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, página 204.

¹⁸ Tesis 1a./J. 107/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VII, t. II, octubre de 2012, p. 799.

¹⁹ Tesis 1a. CCLXIII/2018, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro LXI, t. I, diciembre de 2018, p. 33.

²⁰ Tesis 2a./J. 35/2019, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro LXIII, t. I, febrero de 2019, p. 980.

²¹ SCJN - Derechos Humanos, "Sentencias relevantes en materia de Derechos Humanos", portal web.

Centro de Estudios Constitucionales, ha reunido estos criterios, de manera didáctica, en una publicación denominada *Cuadernos de Jurisprudencia*,²² la cual muestra esta línea de transformación.

Cabe mencionar, que con la reforma judicial del 2020-2021, que establece el sistema de precedentes para la integración de la jurisprudencia, se fortalece el carácter de tribunal constitucional de la Suprema Corte y, por lo tanto, la fuerza de sus criterios, incluyendo los atinentes a los derechos humanos.

5. La función administrativa y las políticas públicas

Determinada por sus dimensiones y por su complejidad, la administración pública federal ha enfrentado especiales retos en la implementación de la reforma. Quizá por esto es difícil encontrar resultados tangibles; a pesar de ello, sí se puede identificar una estrategia integral que comenzó por la creación de un área dentro de la Secretaría de Gobernación (Segob) encargada de dar seguimiento, de manera transversal, a la implementación de la reforma.²³ Este fue, amén de otros, un ejemplo de que, tratándose de procesos que requieren de la articulación de instancias, es necesario que existan, al menos por un tiempo, áreas encargadas de dar seguimiento a estos procesos, para evitar que los textos constitucionales se queden en letra muerta o sigan procesos de implementación lentos y desarticulados.²⁴ Desde esta instancia se promovieron iniciativas, dentro de las que pueden mencionarse algunas. En primer lugar, están los lineamientos que se expidieron para la implementación de la reforma y para la conformación de un consejo consultivo ciudadano,²⁵ y la inclusión de un capítulo especial en el Programa Nacional de Derechos Humanos (2014-2018) que desarrolló esta estrategia.²⁶

²² SCJN - Centro de Estudios Constitucionales, "Cuadernos de Jurisprudencia", portal web.

²³ En el Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación, *Diario Oficial de la Federación*, martes 2 de abril de 2013, el artículo 25 f, IV, dispuso la siguiente facultad: "Dar seguimiento a los programas de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal en lo relativo a la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, de conformidad con los principios establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos". Cabe señalar que el Reglamento interior vigente (31 de mayo de 2019) ya no contiene una disposición equivalente.

²⁴ Ese fue el objetivo de la creación, por ejemplo, de la Secretaría Técnica del Consejo Consultivo para la implementación del sistema de justicia penal que tuvo un plazo de vigencia de ocho años. Secretaría de Gobernación, "Decreto por el que se crea el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal como una instancia de coordinación", *Diario Oficial de la Federación*, 13 de octubre de 2008.

²⁵ Gobierno de México, Secretaría de Gobernación, "¿Cuál es la importancia de capacitar en materia de derechos humanos a las y los funcionarios de la Administración Pública Federal?", blog.

²⁶ En el Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018 del Gobierno Federal se incluyó como objetivo 1 "Lograr la efectiva implementación de la reforma constitucional de derechos

Además de lo anterior, se inició un plan amplio de capacitación y se expedieron las bases para la armonización de la normatividad administrativa federal,²⁷ entre otras acciones. En este ámbito de la normatividad administrativa, se trabajó en un estándar de derechos humanos que sería aplicado por la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (Cofemer), previo a la expedición de cualquier iniciativa de ley presentada por el Ejecutivo y a toda propuesta de nueva normatividad.²⁸ Se crearon asimismo nuevas instituciones, como el Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, o la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, y se reforzaron otras, como las áreas de derechos humanos dentro de las dependencias de seguridad pública, del Ejército, de la Marina, etc. Se renovó y fortaleció al Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de Personas con Discapacidad y se crearon nuevos programas dentro de la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, entre otras instituciones.

Como puede apreciarse, en el vasto campo de la administración pública se trabajó en diversas acciones orientadas al fortalecimiento de las capacidades personales e institucionales. Sin embargo, quizá el esfuerzo más estratégico consistió en el diseño y puesta en marcha de programas de políticas públicas, orientadas a dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en el artículo 1o., párrafo 3. Este objetivo se tradujo en la elaboración del Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018 y en el diseño de programas especiales de derechos humanos. El mayor avance se dio a nivel local, ya que al momento de expedirse la reforma había solamente un programa local de políticas públicas de derechos humanos, del entonces Distrito Federal. A la fecha, se han expedido 19 programas estatales.

Este recuento de acciones nos permite observar que se ha dado un proceso consistente dentro de la administración pública federal, aunque falta analizar sus impactos. Aquí está el verdadero reto, pasar de los análisis cuantitativos a los cualitativos.

Uno de estos puntos es el referente a la aplicación de los principios interpretativos, especialmente el principio *pro persona*, al cual están igualmente obligadas

humanos". Gobierno de la República, *Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018, Avance y Resultados 2017*.

²⁷ Secretaría de Gobernación, *Bases conceptuales para la implementación de la reforma constitucional de derechos humanos en la Administración Pública Federal*, México, 2014.

²⁸ El artículo 1o. de la estrategia establece directrices para que la regulación se emita con criterios de claridad, simplicidad, no duplicidad, reducción de costos de transacción, administración de riesgos, *armonización con los derechos humanos*, provisión de herramientas para mejorar el entorno del desarrollo humano en el ámbito social. Así lo indica la Secretaría de Economía, Comisión Federal de Mejora Regulatoria, en el "Decreto por el que se establece la estrategia integral de mejora regulatoria del Gobierno Federal", *Diario Oficial de la Federación*, 5 de enero de 2015.

las autoridades administrativas.²⁹ Esto tiene especialmente relevancia por la tradición formalista de nuestro orden jurídico administrativo, que está regido por el principio de literalidad de la ley. A este respecto podemos decir que existen muy pocos casos o ejemplos de acciones llevadas a cabo por funcionarios o instituciones administrativas aplicando estos principios.³⁰ Desde nuestro punto de vista, la mayor dificultad para la aplicación de este principio transformador estriba en que no existe un diseño estructural que incentive su aplicación. En primer lugar, porque la normatividad administrativa está atada a la literalidad en su interpretación y existe todo un engranaje de responsabilidades al respecto y, en segundo lugar, porque no se ha dado un arreglo institucional que dé seguridad jurídica al funcionario. En el caso de la autoridad administrativa, la aplicación de los principios constitucionales queda en manos de las y los funcionarios en particular, lo que hace difícil su implementación generalizada.

Es por ello que consideramos indispensable que se establezca un esquema de revisión y aprobación superior, para que los servidores públicos puedan elevar los casos en los que consideren que debe abandonarse la interpretación literal por otra *pro persona*, de esta forma se garantizaría la seguridad jurídica a las y los servidores públicos y se lograría uniformidad en los criterios. Sin la aplicación

²⁹ Si bien la aplicación de los principios interpretativos debe hacerse dentro del marco de la competencia de cada órgano, cada vez es mayor el número de casos en los que los tribunales resuelven señalando que las autoridades administrativas deben aplicar los principios de derechos humanos, incluyendo el principio *pro persona*, en los procedimientos administrativos: Cfr. Los criterios de las siguientes tesis: Tribunales Colegiados del Circuito, Tesis: I.3o.C.52 C (10a.), "Principio *pro persona*. Beneficia al consumidor porque deriva de lo previsto por el artículo 28 de la constitución política de los estados unidos mexicanos", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, t. II, diciembre de 2012, p. 1489, Registro 2002358; y Tesis: II.1o.T.31 L (10a.), "Trabajadores extranjeros. Independientemente de su situación migratoria, en respeto a sus derechos humanos de acceso efectivo a la justicia y debido proceso legal, cuando comparecen ante una autoridad laboral tienen derecho a que ésta, de oficio, les nombre un traductor o intérprete que tenga conocimiento de su idioma (interpretación del artículo 14 de la ley de migración)", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 19, t. III, junio de 2015, p. 2468, Registro 2009534; SCJN, Primera Sala, Tesis: 1a./J. 20/2012 (10a.), "Libertad preparatoria. La prohibición expresa de conceder ese beneficio a quienes hubiesen sido condenados por el delito contra la salud previsto en el artículo 194 del código penal federal, es inaplicable cuando se haya actualizado la traslación a alguno de los tipos penales contenidos en el capítulo de delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo de la ley general de salud", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VIII, t. I, mayo de 2012, p. 906, Registro 2000841.

³⁰ La aplicación del principio *pro persona* por parte de todas las autoridades se funda en el artículo 1o., párrafo 3 de la Constitución. Para ahondar en los alcances de este principio en lo que toca a las autoridades administrativas se puede consultar Del Rosario Rodríguez, Marcos, "La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad", *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 33, julio-diciembre de 2015.

del principio *pro persona* en la función administrativa el alcance de la reforma se limita sustancialmente.

6. La reparación integral de las víctimas

Otro de los ámbitos donde esta transformación ha sido más tangible es el de la reparación integral a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Precisamente, uno de los mayores debates en el Congreso y en los círculos de gobierno fue el de la parte final del párrafo 3 del artículo 1o. constitucional, que establece la obligación de reparar las violaciones de los derechos humanos en los términos que señale la ley. Si bien antes de la reforma había algunos avances en el tema de las reparaciones,³¹ estos eran muy limitados, y sin que se pueda afirmar que actualmente exista un sistema eficiente, a partir de la reforma se reconoce la obligación indiscutible del Estado de reparar integralmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos.³² A lo establecido en la reforma se sumaron las propuestas de organizaciones sociales que trabajan a favor de los derechos de las víctimas, lo cual derivó en la creación del Sistema Nacional de Atención a Víctimas.

7. El cumplimiento de las obligaciones internacionales

La reforma abarcó una serie de disposiciones relacionadas con el ámbito internacional, dentro de las que se pueden citar: las del artículo 11 en materia de asilo y refugio; la del 15 sobre los tratados internacionales; la del 33 en materia de derechos de los extranjeros; y la del 89, fracción X, sobre política exterior. Conforme a estas reformas, era de esperarse que se hubiera dado un avance sustantivo en este ámbito, sin embargo, este ha sido limitado, empezando por el tema de la ratificación de los tratados de derechos. Durante el período 2012-2018 de la administración no se dio ninguna ratificación y aún siguen pendientes de ratificar algunos, que han sido largamente exigidos por la sociedad civil nacional e internacional; por ejemplo, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención para Reducir los Casos de Apatridia (1961) y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.³³

³¹ Al respecto puede mencionarse la expedición de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (*Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 2004), cuyo artículo 2o. regula la reparación por violaciones a derechos humanos derivadas de la actividad administrativa irregular.

³² Se trata de la Ley General de Víctimas (*Diario Oficial de la Federación*, 9 de enero de 2013), que tiene su fundamento en el artículo 73, fracción XXIX-X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³³ Se han ratificado algunos tratados de especial relevancia, como son: el Protocolo Adicional al Convenio 108 del Consejo de Europa, "Para la protección de las personas con respecto al

Hay que señalar que la política de atender y dar respuesta a los mecanismos regionales e internacionales, que se había iniciado antes de la reforma, ha continuado. La última sentencia de la Corte IDH condenando al Estado mexicano se dictó en el año 2018, en relación con el caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*. Paradójicamente, hemos tenido algunos episodios de confrontación con los mecanismos internacionales³⁴ que dan a entender que no ha terminado de calar, en todos los sectores del gobierno federal, la convicción de que los mecanismos internacionales funcionan positivamente y de manera complementaria en lo relativo a la protección de los derechos humanos y, por ello, lejos de minar la capacidad del Estado, la fortalecen.

Con referencia a la reforma al artículo 89, fracción X, sobre política exterior, los avances también han sido ambivalentes. Por un lado, se encuentran hechos como la iniciativa para el retiro de reservas en tratados de derechos humanos, que envió el Ejecutivo el 21 de octubre de 2013.³⁵ En contrapartida, mientras en estos años se han presentado muchos contextos internacionales en donde nuestro país tendría que haberse pronunciado priorizando los derechos humanos, en nuestra opinión, han sido otros los principios los que han servido de fundamento para fijar las posiciones, como el de la *no intervención*.

8. Las instituciones defensoras de derechos humanos

Un capítulo importante dentro de la reforma fue el fortalecimiento de las comisiones de derechos humanos. Para ello se amplió su competencia a la materia laboral, se les trasladó la facultad investigadora de la Suprema Corte de Justicia de

tratamiento automatizado de datos de carácter personal, a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos"; el Convenio 98 de la OIT relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva; la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia; el Convenio 189 de la OIT, sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos; la Declaración que formulan los Estados Unidos Mexicanos para reconocer la competencia del Comité contra la Desaparición Forzada para recibir y examinar las comunicaciones presentadas por personas que se encuentren bajo su jurisdicción o en nombre de ellas; y ONU, "Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular". Gobierno de México, "Tratados Internacionales Celebrados por México"; Senado de la República, Secretaría de Relaciones Exteriores - Tratados Internacionales aprobados LXIV Legislatura, "Tratados Internacionales por Zona Geográfica".

³⁴ Un caso representativo fue el de la intervención del Grupo Interdisciplinario de Expertos y Expertas Independientes (GIEI), no obstante que este grupo acudió por iniciativa del Estado mexicano, quien solicitó la colaboración de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los jóvenes desaparecidos de la Escuela Normal de Ayotzinapa, Guerrero.

³⁵ Comunicado por el cual el C. Presidente de la República somete a la aprobación del Senado el retiro de las reservas formuladas por México. Secretaría de Gobernación, Subsecretaría de Enlace Legislativo y Acuerdos Políticos, Oficio No. SEL/300/1561/13 México, D.F., a 22 de octubre de 2013.

la Nación por violaciones graves de derechos humanos, se estableció la obligación de llevar a cabo procesos participativos para la elección del *ombudsperson* y de las y los consejeros y se dio la facultad al Senado para hacer comparecer a los funcionarios que no acepten o no acaten las recomendaciones. De un examen somero de estos cambios, puede observarse que todos se han implementado formalmente y que esto ha fortalecido a estas instituciones, y si bien siguen existiendo brechas en su efectividad, estos avances resultaron positivos.

Donde quizá se habrían esperado mayores resultados es en la llamada facultad de investigación de violaciones graves, que poco resultado ha arrojado, y en la intervención del Senado para hacer comparecer a servidores públicos responsables de las recomendaciones, que ha sido pocas veces utilizada.³⁶

9. La defensa de los derechos humanos desde la sociedad civil

La reforma no incluyó de manera directa disposiciones sobre los derechos de las organizaciones y defensores de derechos humanos. Sin embargo, era de esperarse que, a través del empoderamiento que supusieron los nuevos principios constitucionales, se incrementaría el trabajo de las organizaciones y su incidencia. El cambio más importante ocurrido desde 2011 fue la expedición de la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas, publicada el 25 de junio de 2012. Esta ha sido el reconocimiento más directo de la legitimidad que tienen estas personas en su labor. Gracias a esta ley se creó el mecanismo de protección al cual se pueden adherir personas que estén en un contexto de amenaza o de peligro a su integridad, ya sea por particulares o bien por agentes estatales. La aprobación de la ley se dio en el contexto de los primeros meses de publicada la reforma, pero en realidad obedeció a otra reforma, la del artículo 73, fracción XXI, que tuvo como objetivo fortalecer a las autoridades federales investigadoras frente a la ola de violencia desatada particularmente contra los periodistas.

Otro cambio relacionado con la sociedad civil, que puede identificarse como una consecuencia del nuevo marco jurídico, es el aumento del llamado *litigio* estratégico, ya sea por organizaciones de la sociedad civil o por las instituciones públicas encargadas de representar a particulares en la defensa de sus derechos. Es el caso de múltiples organizaciones e instituciones, como la Defensoría Pública Federal o las comisiones de víctimas, a través de su asesoría jurídica. A partir de

³⁶ Una de las razones que contribuyó a esto fue la instrucción que giró el Ejecutivo durante el periodo 2012-2018 a todas las dependencias y entidades de la administración pública federal de aceptar todas las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

la reforma y utilizando las nuevas herramientas de exigibilidad de derechos, se ha fortalecido este activismo. Este es uno de los campos donde se percibe un impacto más directo de la reforma.

10. La educación en derechos humanos

La reforma del 2011 incluyó dentro de uno de sus puntos el establecimiento de los derechos humanos como un principio de la educación. Este dispositivo fue nuevamente reformado en el año 2019, para hacerlo aún más explícito.³⁷ A pesar de estas dos reformas, este es uno de los puntos más débiles en el proceso de implementación, ya que no se identifica una estrategia amplia, específica y de mediano plazo dirigida a permear en todos los niveles educativos, de manera gradual y didáctica, la educación en derechos humanos. Por eso consideramos que este sigue siendo un gran pendiente de nuestra política educativa.³⁸ Pueden existir diversas explicaciones de las dificultades que se han enfrentado, pero la realidad es que no se ha cumplido satisfactoriamente con este punto y eso ha dificultado la incidencia social del texto constitucional. La mayor parte de los esfuerzos se han dado en la educación superior, con el desarrollo de planes, programas, maestrías y otras formas de difusión de los derechos humanos. De la misma manera, se han multiplicado los estudios y las publicaciones, lo que sin duda es un avance muy positivo, pero que resulta limitado para el cambio cultural que se requiere.

III. LA REFORMA Y LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como lo apuntamos al inicio de este ensayo, el único indicador válido para medir cualquier avance en el tema de los derechos humanos debe ser su ejercicio real y efectivo y la disminución de las violaciones de estos derechos. En ese sentido, el panorama actual en México resulta contradictorio, porque, por un lado, se pueden contabilizar avances dirigidos al ejercicio de los derechos en lo concreto, pero, por otro, existen serios cuestionamientos sobre la crisis de derechos humanos en

³⁷ Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 3o. "La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia", *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 3o., 31 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia educativa, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de mayo de 2019.

³⁸ La Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha advertido carencias importantes para garantizar una educación de calidad basada en el respeto de los derechos humanos, en "Análisis Situacional de los Derechos Humanos de Niñas, Niños y Adolescentes", México, CNDH, 2020.

la que se ha sumido nuestro país en los últimos años.³⁹ La situación resulta sin duda paradójica, porque sería de esperarse que a partir de la reforma se diera una disminución en estas violaciones y, al contrario, ha habido un aumento en las violaciones graves, tales como la desaparición de personas, las ejecuciones extrajudiciales, el abuso de la fuerza pública, etc.

No pretendemos hacer una vinculación causal entre la reforma y esta situación, pero al menos es necesario analizar si a través del proceso de implementación pueden revertirse algunas de las causas que la provocan. Lo primero que es preciso identificar es que muchas de estas violaciones de derechos humanos provienen de la ola de violencia que se generó como consecuencia de la expansión de las organizaciones criminales y las políticas de seguridad implementadas. En consonancia con lo señalado por los organismos internacionales, coincidimos en que la promoción de mejores marcos legislativos y políticas públicas es la mejor solución para las problemáticas de derechos humanos. En ese sentido, tal como se señaló en el Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018, la implementación de la reforma en el mediano y largo plazo tiene como objetivo atenuar las afectaciones de derechos humanos.⁴⁰ No obstante lo anterior, deben fortalecerse y buscarse mecanismos de carácter preventivo más eficaces, que tengan el efecto de las alertas tempranas. La situación actual no hace más que disminuir la credibilidad en las políticas de derechos humanos.

Una de las problemáticas que ha salido a relucir en momentos de crisis es la falta de un mecanismo de coordinación, con la capacidad de poner en acción pronta a las autoridades federales y locales y las facultades para diseñar estrategias de carácter integral. La falta de esta instancia ha significado que en situaciones de crisis las acciones hayan sido aisladas, descoordinadas y de alcance parcial. El diagnóstico de esta situación resalta la falta de una adecuación a las instituciones y sus facultades constitucionales que les permita cumplir con los nuevos principios y obligaciones en materia de derechos humanos.

Anteriormente habíamos señalado esta asimetría, tratándose de la aplicación de los principios de interpretación; sin embargo, nos parece que esta problemática debe abordarse de una manera integral. La magnitud de las obligaciones en

³⁹ El Pleno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constató la grave situación de derechos humanos que castiga a México. *El País*, "La CIDH afirma que México vive una grave crisis de Derechos Humanos", Internacional, 2 de octubre de 2015; ONU - OHCHR, "Declaración de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, sobre su visita a México", México, 9 de abril de 2019.

⁴⁰ "Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018", *Diario Oficial de la Federación*, 30 de abril de 2014.

derechos humanos, así como su transversalidad, requieren de un rediseño institucional que permita la respuesta del Estado en su integralidad.

IV. EL IMPACTO CULTURAL DE LA REFORMA

El desarrollo de sociedades que asumen el respeto de los derechos humanos como regla de convivencia se basa en una cultura social. En ese sentido, es fundamental lograr que los principios de la reforma se traduzcan en una praxis social ordinaria. Para ello las vías de la educación, tanto formal como informal, son fundamentales.

A partir de la reforma puede apreciarse la creciente presencia del tema de derechos humanos en la opinión pública. También se observa una mención más frecuente de los temas de derechos humanos en las llamadas redes sociales, cuestión que es parte de este avance cultural; sin embargo, persisten amplios ámbitos de desconocimiento e ignorancia, e interpretaciones equívocas del tema que resultan muy negativas para su incorporación social. Afirmaciones como que los derechos humanos son un abuso en favor de grupos específicos o que benefician a los delincuentes o que son incluso una barrera para el ejercicio de otras libertades denotan debilidad cultural en relación con el tema, que debe atenderse frontalmente.

El desarrollo de los derechos humanos en la cultura de la sociedad mexicana requiere de una labor de educación consistente y pertinaz. En líneas anteriores habíamos apuntado las deficiencias en este tema, las cuales, bajo la lupa de la cultura de derechos humanos, toman aún más relevancia. Los actores particulares, tanto educativos como empresariales, son corresponsables en esta labor de difusión y de formación.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como lo señalamos al inicio de este ensayo, nuestro propósito es hacer un ejercicio que sirva de pauta para propiciar que se den procesos de evaluación de la reforma en derechos humanos. Insistimos en que esta ha sido una carencia que debe subsanarse, mediante mecanismos independientes y, especialmente, con la mira puesta en los impactos cualitativos.⁴¹

De manera genérica, podemos señalar que se ha dado un plausible proceso de implementación que, sin ser exhaustivo, ha abarcado la mayor parte de los

⁴¹ A este respecto, cabe mencionar que en el proceso de implementación del Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018 se diseñó y se puso en marcha un mecanismo de evaluación independiente que puede servir de referente. Secretaría de Gobernación, "¿Qué es el mecanismo de seguimiento del Programa Nacional de Derechos Humanos?"

temas de la reforma y ha involucrado a todas las autoridades del país. En ese sentido, la reforma ha cumplido su objetivo. Sin embargo, esto no significa que el proceso esté terminado, como lo hemos apuntado, pues se trata de una reforma de gran calado, cuyos impactos están diseñados para generarse en el mediano y largo plazo; por ello debe continuarse y profundizarse el trabajo de implementación.

Debe tenerse en cuenta que el contexto de violencia al que nos hemos referido ha impedido que los resultados de la reforma se den en toda su extensión y que incluso las estrategias de implementación pierdan prioridad y eficacia.

Conforme a lo anterior, nos permitimos hacer unas recomendaciones dirigidas a fortalecer el proceso de implementación y, por ende, los resultados positivos de la reforma:

- a. En primer lugar, nos parece imprescindible que se persista en el esfuerzo, a todos los niveles y por todas las autoridades, de continuar con el trabajo de implementación. Este es un proceso que no ha terminado y que ha de visualizarse en el mediano plazo, como una labor de Estado que debe desarrollarse coordinadamente.
- b. En segundo lugar, consideramos que falta un trabajo de evaluación de la reforma, con una base metodológica adecuada, que involucre a instituciones especializadas y a las autoridades responsables. También habrá que añadir la cooperación internacional. Debe tratarse de una evaluación imparcial y con elementos cuantitativos y cualitativos.
- c. En tercer lugar, llamamos la atención acerca de la importancia de revisar la estructura orgánica de nuestra Constitución, necesaria para el cumplimiento de las obligaciones en derechos humanos. Se requieren instancias de coordinación, de desarrollo de políticas públicas y de alerta para la prevención de violaciones graves de derechos humanos. Ante el número de instituciones que están trabajando en esta materia, no pocas veces se cae en duplicidades y omisiones, por lo que se requiere de una reordenación institucional.
- d. Finalmente, consideramos que el punto más importante es construir una estrategia de educación en derechos humanos con enfoque de mediano y largo plazo, que fomente la conciencia social del derecho existente para exigir el libre ejercicio de todos los derechos y el deber de respetar los de los demás. No se trata de un asunto menor y, al contrario, debe ser la columna vertebral de todo el proceso de implementación a mediano y largo plazo, para lograr construir en México una verdadera sociedad de derechos, que es el propósito primigenio de la reforma de derechos humanos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (CNDH), “Análisis situacional de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes”, México, 2020. <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=50071#lda50366>
- CNDH, “Presenta CNDH la plataforma de seguimiento a la armonización normativa de los derechos humanos, que permitirá diagnosticar el andamiaje jurídico que daría vida plena a la reforma constitucional en la materia”, Ciudad de México, a 13 de junio de 2016, Comunicado de Prensa CGCP/162/16. https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Comunicados/2016/Com_2016_162.pdf
- CONSEJO DE EUROPA, Convenio 108, “Para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos”. <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/U12%20convenio%20n%20108.pdf>
- DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos, “La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 33, julio-diciembre de 2015.
- EL PAÍS, “La CIDH afirma que México vive una grave crisis de Derechos Humanos”, *Internacional*, 2 de octubre de 2015. https://elpais.com/internacional/2015/10/03/actualidad/1443837848_875254.html
- GOBIERNO DE LA REPÚBLICA, *Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018, Avance y Resultados 2017*. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/309185/04pe_derechos_humanosAyR2017.pdf
- GOBIERNO DE MÉXICO, “Tratados Internacionales Celebrados por México”. <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/introduccion.php> y
- HESSE, Conrado, “Significado de los Derechos Fundamentales”, en *Manual de Derecho Constitucional*, 2 ed., Madrid, Marcial Pons, 2001.
- ONU - OHCHR, “Declaración de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, sobre su visita a México”, México, 9 de abril de 2019. <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24467&LangID=S>
- ONU, Conferencia Intergubernamental para el Pacto Mundial sobre Migración, “El pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular”. <https://www.un.org/es/conf/migration/global-compact-for-safe-orderly-regular-migration.shtml>
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), “Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia”. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.pdf
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Convenio 189, “Sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”, 2011. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189

- OIT, Convenio 98, “Sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva”, 1949. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312243
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, “¿Cuál es la importancia de capacitar en materia de derechos humanos a las y los funcionarios de la Administración Pública Federal?”. <https://www.gob.mx/segob/articulos/cual-es-la-importancia-de-capacitar-en-materia-de-derechos-humanos-a-las-y-los-funcionarios-de-la-administracion-publica-federal>
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, “¿Qué es el mecanismo de seguimiento del Programa Nacional de Derechos Humanos?”. <https://www.gob.mx/segob/articulos/que-es-el-mecanismo-de-seguimiento-del-programa-nacional-de-derechos-humanos>
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, “70. Aniversario de la Promulgación de la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos”, Comunicado del 6 de junio del 2018. <https://www.gob.mx/segob/articulos/7-aniversario-de-la-promulgacion-de-la-reforma-constitucional-en-materia-de-derechos-humanos?tab=>
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, “Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación”, *Diario Oficial de la Federación*, martes 2 de abril de 2013.
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, *Bases conceptuales para la implementación de la reforma constitucional de derechos humanos en la Administración Pública Federal*, México, 2014.
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, Cámara de Diputados, Senado de la República, Poder Judicial de la Federación, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Avances y retos en la implementación de la reforma constitucional de derechos humanos*, México, 2015. https://www.senado.gob.mx/comisiones/derechos_humanos/docs/Avances_Retos.pdf
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, Cámara de Diputados, Senado de la República, Poder Judicial de la Federación, *Diagnóstico sobre la implementación de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011. Evaluación del proceso a tres años de su entrada en vigor: una perspectiva integral del Estado Mexicano*, México, 2014. <http://segob.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/2319/2/images/Libro%20Diagn%C3%83%C2%B3stico%20ok%20Final%203-06-2014.pdf>
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, Subsecretaría de Enlace Legislativo y Acuerdos Políticos, “Comunicado por el cual el C. Presidente de la República somete a la aprobación del Senado el retiro de las reservas formuladas por México”, Oficio No. SEL/300/1561/13 México, D.F., a 22 de octubre de 2013. https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/2/2013-10-22-1/assets/documentos/Instrumentos_Internacionales_Extranjeros.pdf
- SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, Embajada de México en Francia, “El Gobierno de México reconoce formalmente la competencia del Comité contra la Desaparición Forzada de la ONU”, Comunicado No. 292, 4 de octubre de 2020. <https://embamex.sre.gob.mx/francia/index.php/es/comunicados/805-el-gobierno-de-mexico-reconoce-formalmente-la-competencia-del-comite-contra-la-desaparicion-forzada-de-la-onu>

- SENADO - TRATADOS INTERNACIONALES APROBADOS LXIV LEGISLATURA, “Tratados Internacionales por Zona Geográfica”. https://www.senado.gob.mx/64/tratados_internacionales_aprobados
- SEPÚLVEDA I., Ricardo J., “Análisis de los aspectos de la reforma constitucional relacionados con el ámbito internacional (asilo y refugio)”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011.
- SEPÚLVEDA I., Ricardo J., “Evolución filosófica-jurídica de los derechos humanos en la Constitución mexicana”, en GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl (coord.), *Los derechos humanos en el centenario de la Constitución de 1917*, México, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios de la Revolución Mexicana, IJ-UNAM, 2017, pp. 45-73.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), Centro de Estudios Constitucionales, “Cuadernos de Jurisprudencia”. <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/cuadernos-jurisprudencia>
- SCJN, Derechos Humanos, “Sentencias relevantes en materia de Derechos Humanos”. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/buscadores-juridicos/sentencias-relevantes-en-materia-de-derechos-humanos>

Legislación y jurisprudencia

- CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2014.
- DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN, ADICIONAN Y DEROGAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LOS ARTÍCULOS 30., 31 Y 73 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA EDUCATIVA, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de mayo de 2019.
- DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL PROGRAMA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS 2014-2018, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de abril de 2014.
- DECRETO POR EL QUE SE CREA EL CONSEJO DE COORDINACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL COMO UNA INSTANCIA DE COORDINACIÓN, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.
- DECRETO POR EL QUE SE MODIFICA LA DENOMINACIÓN DEL CAPÍTULO I DEL TÍTULO PRIMERO Y REFORMA DIVERSOS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, art. 3o., *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.
- LEY DE INGRESOS PARA EL EJERCICIO FISCAL 2021, *Diario Oficial de la Federación*, 25 de noviembre de 2020.
- LEY DE MIGRACIÓN, *Diario Oficial de la Federación*, 25 de mayo de 2011.
- LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 2004.
- LEY FEDERAL DEL TRABAJO, *Diario Oficial de la Federación*, 12 de junio de 2015.

- LEY GENERAL DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS, *Diario Oficial de la Federación*, 9 de enero de 2013.
- LEY GENERAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES, *Diario Oficial de la Federación*, 4 de diciembre de 2014.
- LEY GENERAL DE VÍCTIMAS, *Diario Oficial de la Federación*, 9 de enero de 2013.
- LEY GENERAL PARA PREVENIR, INVESTIGAR Y SANCIONAR LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de junio de 2017.
- SECRETARÍA DE ECONOMÍA, Comisión Federal de Mejora Regulatoria, “Decreto por el que se establece la estrategia integral de mejora regulatoria del Gobierno Federal”, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de enero de 2015.
- SISTEMA NACIONAL DE BÚSQUEDA DE PERSONAS, *Diario Oficial de la Federación*, 17 de noviembre de 2017.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), Primera Sala, Tesis: 1a./J. 20/2012 (10a.), “Libertad preparatoria. La prohibición expresa de conceder ese beneficio a quienes hubiesen sido condenados por el delito contra la salud previsto en el artículo 194 del código penal federal, es inaplicable cuando se haya actualizado la traslación a alguno de los tipos penales contenidos en el capítulo de delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo de la ley general de salud”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VIII, t. I, mayo de 2012, p. 906, Registro 2000841.
- SCJN, Tesis 1a./J 107/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VII, t. II, octubre de 2012, p. 799.
- SCJN, Tesis 1a./J 107/2012, “Principio *pro persona*. Criterio de selección de la norma de derecho fundamental aplicable”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VII, t. II, octubre de 2012, p. 799.
- SCJN, Tesis P./J. 20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202.
- SCJN, Tesis P./J. 21/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, página 204.
- SCJN, Tesis 1a. CCLXIII/2018, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro LXI, t. I, diciembre de 2018, p. 33.
- SCJN, Tesis 2a./J. 35/2019, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro LXIII, t. I, febrero de 2019, p. 980.
- SCJN, Tribunales Colegiados del Circuito, Tesis: I.3o.C.52 C (10a.), “Principio *pro persona*. Beneficia al consumidor porque deriva de lo previsto por el artículo 28 de la constitución política de los estados unidos mexicano”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, t. II, diciembre de 2012, p. 1489, Registro 2002358.

SCJN, Tribunales Colegiados del Circuito, Tesis: II.1o.T.31 L (10a.), “Trabajadores extranjeros. Independientemente de su situación migratoria, en respeto a sus derechos humanos de acceso efectivo a la justicia y debido proceso legal, cuando comparecen ante una autoridad laboral tienen derecho a que ésta, de oficio, les nombre un traductor o intérprete que tenga conocimiento de su idioma (interpretación del artículo 14 de la ley de migración)”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 19, t. III, junio de 2015, p. 2468, Registro 2009534.

UN ENFOQUE JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Jean Claude Tron Petit*

RESUMEN

En los últimos diez años, el derecho en México vive una radical transformación que exige a los operadores judiciales adoptar nuevos paradigmas y maneras muy diversas de pensar y argumentar, tal como viene haciéndose, años atrás, en otras latitudes. El presente texto, por medio del concepto de derechos fundamentales, analiza la reforma a la Constitución Política de 2011 en materia de derechos humanos en clave de previsión y regulación constitucional. Para ello se revisa la influencia del neoconstitucionalismo en la reforma de 2011 y se discuten las potestades y los derechos fundamentales en el orden jurídico actual, que pasó de un modelo conservador y formalista basado en criterios legalistas a otro en el que prevalece la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales. Este tipo de derechos se subdividen en cuanto a la protección y defensa, según acciones positivas y negativas, respectivamente. Para finalizar, se explica cómo se está implementando el cambio constitucional en las sentencias estructurales y representativas de los tribunales, por medio de la razonabilidad y ponderación, de manera que no se limite el disfrute de los derechos fundamentales.

I. NEOCONSTITUCIONALISMO

En estos últimos diez años, el derecho en México vive una radical transformación que exige a los operadores judiciales adoptar nuevos paradigmas y maneras muy

* Abogado, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Especialidad y Máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante, España. Magistrado Integran-te del Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa del Primer Circuito. jctrnp@live.com

diversas de pensar y argumentar, tal como viene haciéndose, años atrás, en otras latitudes. La reforma a la Constitución Política de 2011, en lo concerniente al régimen de los derechos fundamentales, ahora denominados derechos humanos (DD. HH.),¹ encuentra sus raíces tanto en el movimiento neoconstitucionalista como en el de constitucionalización del ordenamiento jurídico, totalmente “impregnado” por las normas constitucionales, que se entrometen, invaden y condicionan la actividad de todos los operadores jurídicos.² El neoconstitucionalismo y la teoría de los derechos fundamentales, inspirada esencialmente en la Ley Fundamental alemana,³ establecen que tales derechos vinculan al legislador, como derecho inmediatamente vigente, y limitan su libertad. Esta perspectiva marca un hito, ya que ahora la discrecionalidad y las decisiones políticas pueden ser revisadas judicialmente, en cuanto a su razonabilidad, en clave de la preponderancia de los derechos fundamentales y los valores implícitos. Corroboró lo anterior el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA), al señalar que los derechos fundamentales cumplen un rol no solo subjetivo, sino también objetivo, en cuanto que con estos derechos “se incorpora también un orden de valores objetivo que, como decisión constitucional fundamental, es válido para todas las esferas del derecho”.⁴

En el entorno nacional, existen reiterados criterios⁵ en este sentido, determinando la supremacía del parámetro de control de regularidad constitucional

¹ Utilizaré la expresión “derechos fundamentales” para referirme a los derechos humanos, pero apreciados desde una clave de previsión y regulación constitucional, esto es, en su contexto de aplicación jurídico normativa como derecho positivo. En cambio, las referencias a derechos humanos (DD. HH.) están enfocadas a enfatizar la perspectiva moral de ellos. En muchos criterios jurisprudenciales se alude a DD. HH., por ser la connotación constitucional, pero en realidad muchas veces lo referido son derechos fundamentales.

² Carbonell, Miguel, *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, Martínez Ramírez, Fabiola, Figueroa Mejía, Giovanni A. y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), México, IJ-UNAM, 2014, p. 549.

³ A la letra, “los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derechos directamente aplicables”, Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (art. 3, apartado 3).

⁴ Schwabe, Jürgen, “Caso Lüth, sentencia de la Sala Primera de 15 de enero de 1958”, en *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Anzola Gil, Marcela (trad.), México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 202.

⁵ Solo como ejemplos: Tesis 1a./J. 20/2016 (10a.), “Antecedentes penales, entendidos en sentido amplio. Deberes de los órganos jurisdiccionales al interpretar o aplicar normas secundarias que aluden a ellos como criterio para la individualización de la pena”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 30, t. II, mayo de 2016, p. 923. Registro: 2011645; y Tesis P./J. 20/2014 (10a.), “Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202, 2006224.

—conocido también como bloque de constitucionalidad—, incluso del texto constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que determina que estemos en la construcción de un *Ius Constitutionale Commune*, basado en: a) textos normativos, b) los que derivan de las convenciones y c) la interpretación y conformación por los tribunales de mayor nivel.⁶

II. POTESTADES Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La soberanía es el antecedente y la causa de las potestades, como instrumento necesario para que el Estado satisfaga intereses generales. En ese sentido, resulta que las potestades son relaciones de poder para imponer una voluntad de carácter político que tiende a ser “juridificado” para determinar y concretar una serie de conductas.

1. Intereses generales

La administración pública tiene como propósito esencial, a través del instrumento que le otorga sus potestades, atender y satisfacer de la mejor manera los intereses generales o públicos. Es la razón de ser y el elemento legitimador del poder conferido, que justo para ese propósito se otorga. En correlación con lo anterior y derivado del principio de legalidad, surge la indispensable titularidad y ejercicio de ciertas potestades conferidas a la administración,⁷ las cuales deben ser consideradas como un medio esencial *sine qua non* para que esta pueda lograr atender y satisfacer el interés general y, en concreto, los mejores objetivos a favor de los administrados. Por potestad se entiende un dominio, poder, jurisdicción o facultad decisoria que se tiene sobre algo, pero siempre concibiendo que es apenas un instrumento para conseguir determinados fines.

2. Intereses y potestades

En una primera aproximación, puede decirse que los intereses generales implican distintas exigencias de la colectividad, por lo que existen también intensidades correlativas o correspectivas del instrumento para satisfacerlos, consistentes en las potestades que corresponderá ejercer a la administración para satisfacerlos, con magnitudes que se despliegan en un abanico de matices o grados entre un

⁶ Para el caso de México, tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) como los tribunales internacionales, destacando la Corte IDH, pero también otras instancias y criterios interpretativos de las convenciones suscritas.

⁷ Entendidas como poderes o libertades para tomar decisiones y ejecutarlas, son conferidas expresamente por el legislador o implícitamente mediante cláusulas habilitantes con diferentes dosis de discrecionalidad.

máximo o mínimo, según la entidad de las aludidas exigencias de los intereses generales. Tanto los derechos fundamentales como las potestades son instituciones en abstracto, de intensidad y eficacia variable, que solo se concretan cuando surgen relaciones entre los sujetos que tienen la vocación de racionalizar la vigencia de poderes jurídicos⁸ en aparente conflicto. Es así que la razonabilidad e interferencia de tales potestades, especialmente en el ámbito que restringe los derechos de las personas, debe corresponder a los objetivos que en beneficio de los intereses generales se obtengan, ya que para ese solo fin es que se conceden,⁹ de una manera proporcional, correlativa e idónea. De no ser así, los recientes criterios indican reconsiderar actos de autoridad.

3. Tipología de las potestades y esencia del concepto

Conviene puntualizar que la zona de concurrencia o convergencia entre el interés público o general y los derechos fundamentales es de “penumbra”, donde operan interacciones y restricciones recíprocas en virtud del poder de policía, que determina un diverso espacio, conocido como orden público, que permite limitar la máxima expansividad de derechos individuales en favor y para beneficiar otros de carácter colectivo o social, pero, en todo caso, es un concepto jurídico indeterminado que amerita ser ponderado en su alcance y ejecución en casos concretos.¹⁰

III. ORDEN JURÍDICO ACTUAL

Orden jurídico es el sistema de normas que rige la organización legal de un determinado lugar y época, a manera de instrumento de regulación de la convivencia social. Antes de la reforma de 2011, los derechos fundamentales en la Constitución se entendían, esencialmente, como un conjunto de reglas preconcebidas,

⁸ Los poderes jurídicos son el antecedente tanto de los derechos fundamentales como de las potestades públicas, en especial, las que ejerce la administración.

⁹ Las potestades administrativas pueden ser consideradas como poderes fiduciarios, donde se disocia la titularidad formal del ejercicio y el beneficiario último del mismo. Véase García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo I*, Madrid, Civitas, 2002, p. 448. En otros términos, debe regir un *análisis económico del derecho* que pondere costos-beneficios entre los límites a los derechos frente al beneficio o satisfacción de intereses generales.

¹⁰ En este sentido, Tesis: I.4o.A.19 K (10a.), “Derechos fundamentales. Su relación con el poder de policía”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXII, t. 2, Julio de 2013, p. 1386, Registro: 2003972; y Tesis I.4o.A.11 K (10a.), “Suspensión. Noción de orden público y su finalidad”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, t. 2, diciembre de 2012, p. 1575, Registro: 2002421.

mandatos que únicamente pueden ser cumplidos¹¹ o no y, en algunos casos, basadas en conceptos jurídicos indeterminados,¹² pero especialmente dirigidas a fijar prohibiciones o límites a las autoridades. Todo ello de acuerdo con criterios formalistas y razonamientos jurídicos guiados por el método deductivo, heredado del positivismo jurídico. Por lo cual, de existir colisiones, la solución consistía apenas en un estándar estático y aplicar lo conducente a resolver antinomias, esencialmente.

Posterior a la reforma, se conservan muchas de esas disposiciones, pero se agregan otras basadas en principios derivados de valores reconocidos, ordenando que algo sea realizado por el Estado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Es así que se conciben como mandatos de optimización y, ante colisiones o tensiones, se debe ponderar. Esto implica un cambio estructural, muy importante, pues ahora habrá reglas, pero no preconcebidas, sino construidas por los operadores conforme a casos particulares y concretos que se vayan actualizando. Adicionalmente, se incorporan valores, principios y directrices que determinan variadas políticas públicas de protección y prestaciones en favor de los particulares. Por tanto, el derecho adquiere necesariamente una dimensión argumentativa, basada en muchos casos, en razonamientos prácticos y calificables como “razonables”.

Otra consecuencia derivada del cambio atiende a 1) la judiciabilidad o control de políticas públicas, así como a 2) lo que debe entenderse por discrecionalidad, también sujeta a vigilancia judicial. Es así que, de un modelo o paradigma basado en criterios legalistas, sustentados en un criterio conservador y formalista que determinaba la irrevisabilidad absoluta,¹³ se migró a otro donde prevalece la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales y –si existen o faltan disposiciones legislativas o decisiones de la administración, aunque fundadas en facultades discrecionales, pero que impidan o dificulten ese propósito– se justifican los ajustes judiciales respectivos, basados en una constitucionalidad sistémica, para conseguir la eficacia y vigencia de los derechos garantizados, acorde a su esencialidad, en el marco de casos concretos y de modo restrictivo e indispensable, para no interferir en los ámbitos políticos y los cubiertos por discrecionalidad.

¹¹ Por ejemplo: artículo 14, “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

¹² Así, el párrafo segundo del artículo 8o. dispone: “A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario”.

¹³ Sistemas donde prevalecía un principio de legalidad “rígido”, incuestionable e irrevisable.

En este sentido, no es opción conseguir tal objetivo, sino que el control de regularidad constitucional y de convencionalidad debe ser visto como una obligación, dentro de un sistema que priorice los derechos fundamentales y en especial los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca).

IV. DERECHOS FUNDAMENTALES: PROTECCIÓN Y DEFENSA

Los derechos fundamentales a algo se subdividen en derechos 1) a acciones negativas, lo que incluye los derechos de defensa,¹⁴ y 2) a acciones positivas, lo que incluye a los derechos de protección y prestacionales.¹⁵ Estas, a su vez, se subdividen en derechos a acciones positivas fácticas¹⁶ y derechos a acciones positivas normativas;¹⁷ estructura que Alexy¹⁸ representa de esta manera:

Derechos a algo - DabG ¹⁹				
Derechos a acciones negativas			Derechos a acciones positivas	
Derechos a no impedimento de acciones	Derechos a la no afectación de propiedades y situaciones	Derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas	Derechos a acciones positivas fácticas	Derechos a acciones positivas normativas

Explica Alexy²⁰ que la estructura de los derechos de protección²¹ es fundamentalmente distinta de la de los derechos de defensa. Los derechos de defensa²²

¹⁴ Por ejemplo, "nadie podrá ser privado" (art. 14 constitucional) o "molestado" (art. 16 constitucional).
¹⁵ "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud" (art. 4o. constitucional).
¹⁶ Cuando se otorga al titular una prestación en concreto y específica. Por ejemplo, una prestación médica o el acceso a tribunales.
¹⁷ Es el caso que más delante se detalla, donde, como operatividad derivada, la pretensión del titular es a la expedición de una norma habilitante para obtener una prestación específica o una partida presupuestal. Son los medios, para obtener fines, lo que está garantizado que se le conceda. El problema reside en órganos políticos que no están fácilmente dispuestos a aceptar y cumplir con lo mandado en una sentencia.
¹⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 173.
¹⁹ Significa: derecho D que tiene *a* (titular) frente a *b* (destinatario) a un objeto del derecho G.
²⁰ Alexy Robert, "Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección", en Alexy, Robert y Sieckmann, Jan-R. (eds.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Madrid*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 122-123.
²¹ Que incluye también prestaciones a cargo del destinatario, que las más de las veces es el Estado.
²² Un ejemplo es el artículo 14 constitucional, párrafo segundo, que prohíbe actos de privación, en tanto en cuanto no cumplan con todas las condiciones pertinentes.

son prohibiciones de destruir, impedir o perjudicar de algún otro modo algo. Los derechos de protección²³ son mandatos que obligan a defender, salvar o amparar de algún otro modo algo. Si está prohibido destruir o perjudicar algo, entonces están prohibidas *todas* las acciones que constituyan u ocasionen una destrucción o un perjuicio. En cambio, si está ordenado proteger o salvar algo, *no todas* las acciones que constituyan o proporcionen una protección o un salvamento están ordenadas.²⁴

Es así que los típicos derechos de defensa²⁵ implican también derechos de organización y procedimiento, además de un contenido también de protección, en la medida en que usualmente se asocia o involucra una cierta prestación del Estado, como son las funciones de policía o las jurisdiccionales. Por otra parte, los derechos prestacionales o sociales siempre tienen algo de protección. Al respecto, Alexy²⁶ dice:

... los llamados derechos sociales fundamentales, que pueden considerarse como típicos derechos prestacionales, se trata de un conjunto de posiciones a prestaciones fácticas, en parte, y, también en parte, a prestaciones normativas. Esto se ve con especial claridad en el muy discutido derecho fundamental al medio ambiente, que no pocas veces se clasifica como derecho social fundamental o se pone en su vecindad. Cuando se ven las cosas más de cerca, resulta que un derecho semejante –sin que importe que se quiera introducir en el catálogo de derechos fundamentales como un nuevo derecho fundamental o se adscriba a las disposiciones de derecho fundamental ya existentes– tiene una estructura de un tipo totalmente distinto a la de, por ejemplo, el derecho a la asistencia social, que, en lo esencial, se agota en un simple derecho a prestaciones fácticas. El derecho fundamental al medio ambiente responde más bien a aquello que antes se denominó “derecho fundamental como un todo”.

V. CÓMO SE ESTÁ IMPLEMENTANDO EL CAMBIO EN TRIBUNALES

Con el cambio constitucional en materia de derechos fundamentales,²⁷ la implantación de valores y principios con una perspectiva de obligatoriedad jurídica

²³ En general, los DESC son derechos de las audiencias que implican para el Estado proteger y garantizar su disfrute, la seguridad pública, etc.

²⁴ Las referencias que hace Alexy a los derechos de protección son por analogía aplicables también a los derechos prestacionales, en tanto en cuanto el objetivo es determinar la acción óptima para satisfacer necesidades de protección o de prestación. Énfasis agregado.

²⁵ Los derechos de defensa, de libertad o a la vida y la integridad física ponen límites al actuar del sujeto pasivo. Son pretensiones negativas, obligaciones de no hacer, en beneficio de la libertad individual. El sujeto pasivo puede ser el Estado o bien los demás particulares o grupos.

²⁶ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 391-392.

²⁷ Por ser la expresión literal, aunque las más de las veces en realidad lo descrito son derechos fundamentales.

viene al caso lo que comenta Sapag,²⁸ en el sentido de que, si bien la aplicación es gradual, exige su máximo cumplimiento, por cuanto son “mandatos de optimización”, según la definición de Alexy. En efecto, establecer la diferencia entre principios y reglas resulta esencial para comprender la problemática de los derechos fundamentales, ya que, cuando coexisten dos reglas contrapuestas, una excluye a la otra y se aplica en toda su extensión. En cambio, frente a dos principios que sean aplicables, pero colisionen o entren en tensión, ninguno debe ser excluido, sino que debe buscarse una armonización entre ellos, procurando optimizarlos, es decir, viendo por el logro de todos ellos en su mayor grado posible, conforme las circunstancias del caso lo exijan.

1. Test de razonabilidad y ponderación

La estructura actual de nuestra Constitución, donde concurren valores, principios, directrices, conceptos jurídicos indeterminados, en adición a reglas preestablecidas, implica todo un reto para su aplicación y, sobre todo, la decisión de casos concretos. Las soluciones específicas requieren de una *regla*, que se construye ponderando y justificando con un razonamiento práctico que dé cuenta de lo razonable. Este enfoque metodológico ha sido desarrollado principalmente por la Suprema Corte de los Estados Unidos²⁹ y el Tribunal Constitucional Federal Alemán,³⁰ pero lo esencial es que cualquiera de los test exigen un argumento práctico de razonabilidad.

1.1. Notas comunes

Si bien razonabilidad y proporcionalidad son conceptos parecidos, que apuntan al mismo objetivo de evitar la arbitrariedad, su esencia es *controlar* actos de autoridad mediante *razones* que los *legitimen*. Esto es, determinar si una actuación estatal –entendida como un medio– es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir y alcanzar un determinado fin. Debe partirse de que existe una relación entre ambos principios, porque la idea de razonabilidad abarca la proporcionalidad del medio para el fin y en ambos casos se apunta a eliminar la arbitrariedad.

²⁸ Sapag, Mariano A., “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: Un estudio comparado”, *Dikaion*, vol. 22, núm. 17, diciembre de 2008, pp. 157-198.

²⁹ Test de razonabilidad derivado del debido proceso legal sustantivo, dando lugar a diversas expresiones y modalidades de escrutinio (Supreme Court of the United States - Scotus).

³⁰ Test de proporcionalidad, basado en la ponderación de intereses y valores.

1.2. Razonabilidad de las notas

Lo razonable es lo ajustado a la Constitución, no tanto a la letra como a su espíritu, y lo irrazonable es lo que conculca la Constitución, lo inconstitucional. La jurisprudencia estadounidense, seguida por muchas otras, como la mexicana, parte de un concepto general de razonabilidad y luego desarrolla reglas para casos específicos, que se van actualizando. Surgen, según las materias, tres niveles de escrutinio: bajo medio y alto, que requieren de una motivación reforzada.³¹ Entre 1886 y 1905,³² a partir de las cláusulas sobre *due process*, la Suprema Corte de Estados Unidos elaboró una doctrina acerca de la razonabilidad de los actos regulatorios del Estado, según la cual:

1. La potestad regulatoria de un servicio público no es ilimitada, pues no se puede encubrir una confiscación, a menos que exista una justa compensación o un debido proceso.
2. Al ejercerse la potestad regulatoria del Estado, las normas que sean consecuencia de ella deben guardar relación sustancial con los objetivos de la regulación.
3. Las normas que sean consecuencia de la potestad regulatoria del Estado no pueden invadir de manera evidente los derechos y libertades.
4. Las limitaciones y regulaciones deben ser “prudentes”.
5. Las leyes regulatorias se presumen inconstitucionales y el Estado debe probar que existe una relación razonable entre la regulación y el fin perseguido por esta.

1.3. Proporcionalidad de las notas

En cambio, el propósito en el juicio de proporcionalidad es más ambicioso, por cuanto mide la “intensidad” de la actuación estatal, pues se trata de determinar hasta qué punto resulta constitucionalmente admisible una intervención estatal o, lo que es lo mismo, cuál es el grado de intervención compatible con el respeto de los derechos que puedan verse involucrados. Y es entonces cuando tiene aplicación el principio de proporcionalidad o ponderación del ordenamiento jurídico, que busca conseguir el mayor grado de concreción en razonabilidad,

³¹ Para ampliar información sobre estos conceptos, las obras de Vázquez Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar*, 2 reimp., IJ-UNAM, 2018; y Niembro Ortega, Roberto, *La argumentación constitucional de la Suprema Corte*, 1 ed., México, IJ-UNAM, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021.

³² En especial, destacan como casos paradigmáticos y básicos los siguientes: 1) segregación racial en escuelas: “Brown vs. Board of Education”; 2) ley inconstitucional: “Marbury vs. Madison”; 3) reparto de bancas electorales: “Tennessee Baker vs. Carr”; 4) distritos en ambas Cámaras acorde a población: “Reynolds vs. Sims”.

minimizando la arbitrariedad y procurando una armonización de los principios y valores que puedan entrar en tensión, en el entendido de que los derechos fundamentales operan como principios en concurrencia.³³

Es así que las restricciones absolutas e irrazonables o desprotecciones en cuanto a eficacia de los derechos fundamentales están proscritas y, en su caso, el límite o atenuación de alguno de ellos debe tener un fundamento o justificación constitucional y convencional, basado en la máxima eficacia del sistema de derechos. Por tanto, los operadores,³⁴ para ponderar qué derecho prevalece y en qué medida o proporción, deben hacer un ejercicio de ponderación,³⁵ acompañado de la argumentación respectiva, entendida como un modelo para definir el alcance y contenido de los derechos fundamentales en tensión, mediante un test de razonabilidad o ponderación.

Surge así un importante cambio, en la medida en que las políticas públicas o los ejercicios de discrecionalidad, antaño intocables o irrevisables en sede judicial, son ahora controlables cuando razonablemente sea necesario para conseguir la mejor relación de *protección-afectación* de derechos fundamentales en tensión, así como la protección más amplia y progresiva de las obligaciones constitucionales y convencionales de los Estados.

2. Razonabilidad: propuesta de un concepto

Un eje central o denominador común para controlar la constitucionalidad de normas y facultades discrecionales es la razonabilidad de la decisión, lo que, de suyo, no es simple ni sencillo, al momento de comprender el concepto y desarrollar los respectivos argumentos.³⁶ En este sentido, tiene alguna aplicación la consideración de Dworkin cuando dice que el juez (Hércules) debe pronunciar o construir la “única respuesta correcta”. Y esto es así, ya que, desde el entorno argumentativo, debe construirse un razonamiento práctico que dé cuenta de la elección y

³³ En este sentido, Sapag, “El principio de proporcionalidad”, *op. cit.*, p. 182.

³⁴ Entendiendo como tal a cualquier sujeto destinatario, obligado o titular, ya se trate de autoridades o de particulares.

³⁵ Lo que de suyo implica un análisis costo-beneficio respecto a los intereses o derechos en tensión o concurrencia. Esto es, se acepta una limitación, siempre que conlleve un beneficio mayor o igual en otro interés o derecho.

³⁶ Como he señalado, los autores de estos ejercicios argumentativos han sido tanto la Suprema Corte norteamericana –desarrollando el principio de razonabilidad (*debido proceso legal sustantivo*)– como, en Europa, el Tribunal Federal Constitucional alemán, que optó por otra metodología, desarrollando así el principio de ponderación. En ambos casos, se han ido configurando, al tenor de los diversos precedentes, variados test que matizan, en temas concretos, los principios de razonabilidad. La SCJN mexicana ha recogido ambos principios en diversas decisiones. En este sentido, Vázquez Daniel, *op. cit.*, y Ortega Niembro, *op. cit.*, que dan cuenta de diversos precedentes,

justificación de la acción o decisión que se asuma como procedente o pertinente. De hecho, es la esencia del test de razonabilidad, al que Vázquez,³⁷ alude como una herramienta argumentativa que permite identificar los principios de derechos humanos y aplicar las reglas correspondientes considerando los principios que están detrás de los derechos. Sin embargo, esta poderosa herramienta en manos de tribunales constitucionales, puede desembocar en abusos que es necesario controlar mediante algún método argumental de rendición de cuentas.³⁸

Derivado de lo anterior, surge el interrogante, en términos muy generales, respecto de qué entendemos por razonable o criterio de razonabilidad. Cabe puntualizar que, tratándose de los temas de discrecionalidad y ponderación, esta expresión se utiliza recurrentemente, pero con muy diversos contenidos e imprecisiones. Especialmente inspirado en criterios expuestos por Recasens Siches, Atienza, Fernández y otros autores más, me parece que pueden sostenerse las siguientes ideas del concepto.

Decisión *razonable* es la que se asume: ante un *problema* concreto,³⁹ delimitado, determinado o enmarcado por *circunstancias* específicas; para tomar una *determinación* o *acción* basada en *razones* o estimaciones posibles que aconsejen o fundamenten como valioso, justo o eficiente *elegir* cierto medio o *diseñar* una alternativa idónea, oportuna, coherente, más conveniente o pertinente, para alcanzar o desarrollar cierto *propósito* o *fin*, de acuerdo con su utilidad o virtud. La elección debe ser el resultado de aplicar ponderaciones o *preferencias: pragmáticas, jurídicas, técnicas o especializadas, morales y económicas, acordes a su costo/beneficio o por conveniencia social*. En ese contexto, deben priorizarse las alternativas que: 1) provean la solución del problema, 2) provoquen las mejores consecuencias y 3) generen mejores incentivos en el futuro.

Para conseguirlo puede ser pertinente el empleo de algún *método* ponderativo, como el análisis económico del derecho o el análisis de fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas (FODA), basado en un pensamiento crítico, para conocer, evaluar y decidir, estratégicamente y en un entorno dialéctico, la acción o decisión que más convenga. Además, tal decisión debe asociarse a un *argumento* que la explique y justifique, de manera que resulte pertinente y convincente o plausible la conclusión. El atributo de razonable aplica tanto al procedimiento como a la decisión terminal que se obtenga. Todo ello en un contexto donde no existe una solución *a priori*, sino que se debe construir o inventar la única o más

³⁷ Vázquez, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

³⁸ En este sentido, *ibidem*, pp. 27 y 28.

³⁹ "Un buen planteamiento del problema es la mitad de la solución", frase célebre de John Dewey.

conveniente decisión a partir de alternativas probables, buscando conseguir la respuesta mejor, proporcionada, correcta o justa.

3. Sentencias estructurales

Las sentencias estructurales buscan dar efectividad a los derechos de las personas sujetas a la jurisdicción de los Estados. Por tanto, surgen en un contexto donde las violaciones de los derechos fundamentales se dan de manera sistemática e institucionalizada o, cuando menos, trascendente por el aparato estatal. Esto sucede cuando al poder político se le pueden atribuir ineficiencias, imprevisiones, decisiones irrazonables o no justificadas, inválidas, etc., que omiten proteger o brindar prestaciones, así como restringir o limitar el núcleo esencial de derechos fundamentales. Y, en efecto, esto se actualiza cuando, ya sea el legislador o la administración en ejercicio de su discrecionalidad, inciden en esos resultados.

En América Latina están proliferando criterios judiciales que reconocen el contenido de sus constituciones, asociado al de convenciones internacionales y, desde de ese contexto sistémico –que para México es el parámetro de control de regularidad constitucional–, se reinterpreta toda la normativa de rango legal, incluyendo lo dispuesto en políticas públicas. A partir de ese momento, cualquier ley, política, acción u omisión de la administración deben sujetarse a un test de razonabilidad o proporcionalidad, en clara referencia a los derechos e intereses fundamentales que deben ser garantizados en cuanto a su disfrute.

Entonces, el juez constitucional, siendo el legitimado para garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, dicta o propone medidas para el diseño o modificación de políticas públicas que materialicen la tutela de los derechos fundamentales, medidas que han de ser implementadas a través del tiempo.

En la justicia constitucional y en la protección internacional, siempre el objetivo ha estado en la política. El diagnóstico de las violaciones estructurales de derechos humanos tiene un fundamento fuerte en la crítica al poder político y su inmovilismo frente a los temas institucionales, culturales y de falta de actuación y/o coordinación estatales. Las sentencias estructurales en el ámbito nacional y las garantías de no repetición en el internacional pueden ser leídas perfectamente como un intento casi desesperado por movilizar el aparato de poder. Otra cosa es que cuestionemos la efectividad de la justicia, sea nacional o internacional, para mover a la política y enmarcarla en una cierta hoja de ruta marcada por los derechos.⁴⁰

⁴⁰ Núñez Donald, Constanza y Nash, Claudio, “Sentencias estructurales: momento de evaluación”, en *Sobre los derechos sociales*, Separata Revista de Ciencias Sociales, Chile, Universidad de Valparaíso, 2015, p. 288.

Las sentencias estructurales pueden ser apreciadas en paralelo o en concurrencia con las garantías de no repetición, entendidas como medios para la búsqueda de la mejor interpretación del diseño institucional a efecto de lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales y a partir de las posibilidades que el propio sistema institucional provee. En esencia, puede decirse que, sustancialmente, implican una facultad cuasi normativa, al establecer los jueces criterios de constitucionalidad y aplicarlos a casos concretos de modo específico; esto es, el análisis y evaluación de una potestad discrecional, en el marco de un caso concreto, pero ejercido de un modo restrictivo e incidental.

Por tanto, estas sentencias, al ser directrices para otros organismos públicos, no deben transgredir las competencias constitucionalmente previstas ni la autonomía de aquellos. Esto significa un adecuado nivel de autorrestricción, evaluando las consecuencias de políticas públicas, pero solo en clave de la eficacia de los derechos fundamentales, ponderando que sea en la medida indispensable, razonable y necesaria. Con relación a los límites que deben observarse en las sentencias estructurales, resultan muy pertinentes los criterios de la Suprema Corte de los Estados Unidos. En este sentido, particularmente relevante fue lo decidido en el caso “*Ashwander vs. Tennessee Valley Authority*”.⁴¹

Atendiendo a la importancia que actualmente se confiere al disfrute de aspectos esenciales de los derechos fundamentales, los juzgadores pueden y deben apreciar la necesidad y exigir condiciones de factibilidad o pertinencia de las razones o motivos que sustenten políticas públicas. En consecuencia, la inmutabilidad y radicalidad que antaño se concedía a la discrecionalidad justifica ahora ponerla en duda, trasladando la carga a las autoridades políticas y aplicando los test de razonabilidad y proporcionalidad para demostrar que no se limite innecesariamente, ni fuera de proporción, el disfrute de los derechos fundamentales. Un ejemplo de ello son las exigencias de motivación reforzada.

Es así que las sentencias estructurales, hasta ahora han resultado ser un mecanismo adecuado para la protección de derechos individuales cuando han sido amenazados o violados, pero parece difícil que puedan implicar o provocar transformaciones más profundas, en la medida en que no es claro hasta dónde pueden activarse desde la judicatura, si es que este es un rol que le podemos asignar, en especial cuando los desajustes inciden sobre derechos sociales con claro énfasis o

⁴¹ Pritchett, C. Herman, “La separación de los poderes y la autorrestricción de la Corte en su competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley”, *Lecturas sobre instituciones políticas y principios constitucionales estadounidenses*, IJJ-UNAM.

afectación sobre las clases más vulnerables, precisamente por desvaríos de políticas públicas.⁴²

4. Sentencias representativas

En seguida, se citan algunos fallos que son buen ejemplo de cómo en México se está abordando el tema.

4.1. Suprema Corte de Justicia de la Nación

De muy reciente publicación, un importante precedente de la Primera Sala que recoge los pronunciamientos de lo que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha emitido y reconoce como contenido y obligatoriedad del derecho a la salud y concretado a los casos de pacientes con VIH/SIDA.

- El derecho a la salud pertenece al género *Desca*⁴³ e incluye un muy amplio espectro que aparece previsto en regulaciones nacionales, que se complementan y amplían con lo dispuesto en convenciones y resoluciones internacionales.
- El sistema normativo obliga y justifica subordinar las políticas públicas para conseguir el “más alto nivel de salud”, como derecho en configuración. Incluye toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el “más alto nivel posible de salud”.⁴⁴
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁴⁵ impone a los Estados signatarios adoptar medidas apropiadas, incluso legislativas, para lograr la plena efectividad de los DD. HH.
- El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)⁴⁶ ha especificado recomendaciones a ser adoptadas para los pacientes de VIH/SIDA. Es así que dispone la obligatoriedad de los principios de: 1) progresividad, lo que significa gradualidad con metas, progreso y mejoramiento, no regresividad, promoción progresiva y gradual, cambios

⁴² Ideas tomadas de Núñez y Nash, *op. cit.*, p. 286.

⁴³ Reconocen como elementos regulatorios de aplicación obligatoria la Observación General No. 3 del Comité DESC, los denominados Principios de Limburgo relativos a la aplicabilidad del Pacto Internacional y las directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.

⁴⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Observación General núm. 14 (2000), “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

⁴⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, pacto suscrito por México, artículos 2 y 26.

⁴⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano de Naciones Unidas, es el encargado de interpretar, definir alcances y supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de DESC.

- y transformaciones estructurales; 2) eficiencia, con uso máximo de los recursos que disponga el Estado, eligiendo la opción que menos limite al derecho social, privilegiando atender situaciones precarias,⁴⁷ lo que implica cambios y transformaciones estructurales; 3) obligación de acudir a la asistencia y cooperación internacional, especialmente económica y técnica; y 4) tratamiento a pacientes, acorde con criterios de la Corte IDH.
- El estándar para casos VIH/SIDA comprende, “la prevención, el tratamiento y el control de las enfermedades epidémicas” y “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.
 - Incorporar las mejores prácticas y recomendaciones internacionales para prevenir, tratar, curar, suministrar de medicamentos, controlar, dar acceso a marginados y rehabilitar, como obligaciones del Estado mexicano.⁴⁸

Respecto de otros derechos fundamentales o derechos humanos, la Corte ha dicho que:

- El derecho a un medio ambiente sano tiene dimensión colectiva e individual, que deben ser protegidas y tuteladas.⁴⁹
- El derecho a la vivienda digna implica todo un conjunto orquestado de facilidades complementarias.⁵⁰

⁴⁷ Le corresponde la carga de la prueba.

⁴⁸ Amparo en Revisión 226/2020, ponente: ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá, y tesis derivadas en: Tesis 1a. XIV/2021 (10a.), “Derecho humano a la salud. Criterios que deben valorarse para su efectiva garantía (objetivo, subjetivo, temporal e institucional)”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 84, t. II, marzo de 2021, p. 1222, Registro: 2022888; Tesis 1a. XV/2021 (10a.), “Derecho humano a la salud. El Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente su plena efectividad”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 84, t. II, marzo de 2021, p. 1224, Registro: 2022889; Tesis 1a. XIII/2021 (10a.), “Derecho humano a la salud. La asistencia médica y el tratamiento a los pacientes usuarios de alguna institución que integre el sistema nacional de salud, deben garantizarse de forma oportuna, permanente y constante”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 84, t. II, marzo de 2021, p. 1225, Registro: 2022890; Tesis 1a. CCCXLIII/2015 (10a.), “Derecho a la salud. Algunas formas en que las autoridades deben reparar su violación”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 24, t. I, noviembre de 2015, p. 969, Registro: 2010420.

⁴⁹ En este sentido las tesis visibles en: Tesis 1a. CCXCII/2018 (10a.), “Derecho humano a un medio ambiente sano. Su dimensión colectiva y tutela efectiva”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 308, Registro: 2018635; Tesis 1a. CCLXXXVIII/2018 (10a.), “Derecho humano a un medio ambiente sano. La vulneración a cualquiera de sus dos dimensiones constituye una violación a aquél”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 308, Registro: 2018633.

⁵⁰ Al respecto las tesis consultables en: Tesis 1a. CCV/2015 (10a.), “Derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa. Su contenido no se agota con la infraestructura básica adecuada de aquélla, sino que debe comprender el acceso a los servicios públicos básicos”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 19, t. I, junio de 2015, p. 583, Registro:

4.2. Tribunales Colegiados de Circuito

Existen, además, como referentes de sentencias estructurales los siguientes criterios:

DERECHO A LA SALUD Y VIH EN MILITARES: ante el retiro de un militar que resultó positivo en las pruebas del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), la regulación ordinaria es insuficiente para protegerlo respecto al derecho a la salud, a la permanencia en el empleo y a la no discriminación. Por tanto, al existir una “laguna axiológica” que no tutela la integridad de derechos, debe atenderse a la interpretación sistemática, causal, teleológica y por principios.

Es así que el ordenamiento jurídico nacional debe concebirse y aplicarse como un sistema que privilegia el sentido lógico objetivo de la norma en conexión con otras que existen dentro del mismo, es decir, la norma no debe aplicarse aisladamente, sino en conjunto, pues se encuentra condicionada en su sentido y alcance por las demás que son parte del sistema del cual forma parte.⁵¹

OMISIÓN LEGISLATIVA: la norma fundamental se concibe como un eje, marco de referencia y paradigma de actuación de la autoridad cuando sea conminada para ello por el constituyente, contemplando una serie de postulados que representan aspiraciones programáticas, así como posiciones y estatus de los titulares de esos derechos, como un sistema de posiciones jurídicas que incluye derechos, libertades y competencias. Es así que la omisión legislativa puede definirse como la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivo, de aquellas normas de obligatorio y concreto desarrollo, para la eficaz aplicación y efectividad del texto constitucional.⁵² Por tanto, no se reduce a un simple no hacer, sino que presupone una exigencia constitucional de acción y una inacción cualificada.⁵³

El derecho a la salud, incluye para el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) la obligación y el deber de suministrar medicamentos que hayan sido específicamente prescritos por ser necesarios para atender alguna necesidad, aunque

2009348; Tesis: 1a. CXLVIII/2014 (10a.), “Derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa. Su contenido a la luz de los tratados internacionales”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 801, Registro: 2006171.

⁵¹ En este sentido lo señalado en Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.4o.A.438 A, “Militares. Para resolver sobre su retiro del activo por detección del VIH, debe estarse a la interpretación sistemática, causal teleológica y por principios de los dispositivos constitucionales que protegen el derecho a la salud, a la permanencia en el empleo y a la no discriminación”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 2363, Registro: 180322.

⁵² Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.4o.A.21 K (10a.), “Omisión legislativa. Su concepto”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, t. II, diciembre de 2013, p. 1200, Registro: 2005199.

⁵³ Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.4o.A.22 K (10a.), “Omisión legislativa. Notas distintivas”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, t. II, diciembre de 2013, p. 1199, Registro: 2005198.

no estén incluidos en el Cuadro Básico, lo que implica una política pública inadecuada que debe ser enmendada y que tales deficiencias no pueden ser razones válidas para restringir o anular discrecionalmente el núcleo mínimo de los derechos fundamentales, como lo son la vida y la salud, que los jueces se encuentran obligados a proteger, en acatamiento al artículo 1o. constitucional.⁵⁴

DERECHO A LA EDUCACIÓN: el caso de una niña con discapacidad de audición, donde la suspensión concedida es para que las autoridades la incorporen de inmediato a un programa acorde a su situación, con el fin de ajustar o maximizar el efecto protector de la medida, de acuerdo con el caso concreto y para salvaguardar el núcleo esencial de los DD. HH. que, en el caso, se estiman transgredidos. En el entendido de que, de no existir tal programa o política pública, las autoridades deberán implementarlo, diseñando o adaptándolo a las existentes. Se estima en la decisión⁵⁵ que la situación es grave, pues se trata de un caso de discriminación múltiple o interseccionalidad de la discriminación, por lo que es deber ineludible del Estado incluirla de manera inmediata en un programa de apoyo público acorde a su situación específica y particular, donde se privilegie la educación, salud, no discriminación, así como el interés superior del menor, a fin de procurarle un desarrollo integral e impulsar su proyecto de vida.⁵⁶

TRABAJO Y CONFIANZA LEGÍTIMA: una empresa solicita ante la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris) emitir autorización para comercializar productos con extracto oleoso de cáñamo (*Cannabis sativa*), que contienen concentraciones del 1% o menores de tetrahidrocannabinol (THC), basada en unos “Lineamientos en materia de Control Sanitario de Cannabis y derivados de la misma”, que estuvieron vigentes y luego derogados, por lo que la actual falta de regulación le impide el ejercicio del derecho a la libertad de trabajo. El tribunal decide que, siendo lícita la actividad, al grado tal que, en su momento, se emitieron lineamientos regulatorios de la actividad, el actual silencio u omisión conculca el derecho fundamental que tutela la libertad de trabajo y el principio de confianza legítima, por lo que debe autorizarse ejercer la libertad conculcada.⁵⁷

⁵⁴ Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.4o.A.200 A (10a.), “Medicamentos del cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 79, t III, octubre de 2020, p. 1838, Registro: 2022301.

⁵⁵ Esencialmente basadas las razones en lo que ha expresado el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, relacionado con las niñas que padecen discapacidad.

⁵⁶ En este sentido véanse las tesis: I.4o.A.45 K (10a.), I.4o.A.212 A (10a.), I.4o.A.213 A (10a.), I.4o.A.214 A (10a.) y I.4o.A.215 A (10a.), pendientes de publicación.

⁵⁷ Explican lo anterior las tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito: I.4o.A.8 CS (10a.), “Solicitud de evaluación sanitaria de productos con extracto oleoso de cáñamo (*cannabis sativa*), que contienen concentraciones del 1% o menores de tetrahidrocannabinol (THC) para su

INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD,⁵⁸ DISCRECIONALIDAD REVISABLE: la discrecionalidad es una facultad atribuida por las leyes a los órganos administrativos, sin predeterminar por completo el contenido u orientación que han de tener sus decisiones, por lo que la autoridad, titular de las potestades o competencias, queda habilitada para elegir, dentro de las diversas opciones decisorias que se le presentan el medio más pertinente, valioso y eficiente para alcanzar el fin, con los mejores criterios de razonabilidad. Sin embargo, no debe entenderse como una potestad ilimitada o absoluta que permita realizar u omitir actos caprichosos que, a final de cuentas, se traduzcan en arbitrariedad. Esto porque la actividad administrativa por ningún motivo puede quedar fuera o por encima del orden jurídico, toda vez que la discrecionalidad tiene límites y está sujeta a rendición de cuentas, esto es, al control judicial, incluso en temas especializados, debiendo allegarse los tribunales de la asesoría y saberes necesarios para decidir y asegurar la mejor protección posible.⁵⁹

DEBIDO PROCESO LEGAL, PLAZO RAZONABLE: se trata de un concepto que puede variar de acuerdo con circunstancias particulares para casos concretos, pero que debe responder a las mejores prácticas y posibilidades de los órganos y procedimientos respectivos, justificando racionalizar la discrecionalidad de las autoridades.⁶⁰

PONDERACIÓN DE INTERESES Y PROPORCIONALIDAD: la afectación del derecho a la intimidad por la prueba de ADN cede frente al interés del menor para permitir conocer la identidad biológica de su padre. Además, solo tendrán acceso al juicio las partes y peritos, sin que se busque la difusión de los resultados ni darlos a

comercialización e importación", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 85, t III, abril de 2021, p. 2351, Registro: 2023056; I.4o.A.7 CS (10a.), "Solicitud de evaluación sanitaria de productos con extracto oleoso de cáñamo (*Cannabis sativa*), que contienen concentraciones del 1% o menores de tetrahidrocannabinol (THC) para su comercialización e importación", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 85, abril de 2021, t. III, p. 2353, Registro: 2023055.

⁵⁸ Prohibición de que los poderes públicos actúen conforme a la mera voluntad de sus titulares, sin ajustarse a las normas. En el Estado de derecho rige el imperio de la ley, a la que están sujetos todos los poderes.

⁵⁹ En este sentido, las Tesis: I.4o.A.196 A (10a.), "Facultades discrecionales de los órganos administrativos. Sus características, límites y control judicial cuando se encuentren en juego derechos fundamentales", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 80, t. III, noviembre de 2020, p. 1985, Registro: 2022360; y I.4o.A.200 A (10a.), "Medicamentos del cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 79, t. III, octubre de 2020, p. 1838, Registro: 2022301.

⁶⁰ Es aplicable lo dispuesto en las tesis: I.4o.A.5 K (10a.), "Plazo razonable para resolver. Dimensión y efectos de este concepto cuando se aduce excesiva carga de trabajo", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro XV, t. 2, diciembre de 2012, p. 1453, Registro: 2002351; y I.4o.A.4 K (10a.), "Plazo razonable para resolver. Concepto y elementos que lo integran a la luz del derecho internacional de los derechos humanos", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XV, t. 2, diciembre de 2012, p. 1452, Registro: 2002350.

conocer a terceros. En cambio, de permanecer en el desconocimiento de la verdad sobre su identidad paterna, la afectación sería grave, ya que estaría incompleta su filiación, privándole de la oportunidad de la obtención de los satisfactores básicos derivados de la relación paterno-filial. Por tanto, el hecho de que el niño tenga la certeza de quién es su progenitor constituye un principio de orden público, como parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica.⁶¹

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ALEXY, Robert, “Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección”, en ALEXY, Robert y SIECKMANN, Jan-R. (eds.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Madrid*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- CARBONELL, Miguel, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola, FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. y FERRER MAC-GREGOR Eduardo (eds.), México, IJ-UNAM, 2014.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Observación General N. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo I*, Madrid, Civitas, 2002.
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto, *La argumentación constitucional de la Suprema Corte*, 1 ed., México, IJ-UNAM, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021.
- NÚÑEZ DONALD, Constanza y NASH, Claudio, “Sentencias estructurales: momento de evaluación”, *Sobre los derechos sociales*, Separata Revista de Ciencias Sociales, Chile, Universidad de Valparaíso, 2015.
- PRITCHETT, C. Herman, “La separación de los poderes y la autorrestricción de la Corte en su competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley”, *Lecturas sobre Instituciones políticas y principios constitucionales estadounidenses*, IJ-UNAM, <https://lecturasconstitucionales.eua.juridicas.unam.mx/pritchett/>

⁶¹ En este sentido la Tesis III.2o.C.85 C (10a.), “Prueba pericial en genética. Si el infante se opone a su admisión, aduciendo transgresión a sus derechos a la dignidad humana y a la intimidad, y ello origina una colisión entre derechos que pretenden tutelar el interés superior del niño, debe priorizarse su derecho a conocer su identidad biológica sobre éstos”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 48, t. III, noviembre de 2017, p. 2106, Registro: 2015577

la-separacion-de-los-poderes-y-la-autorrestriccion-de-la-corte-en-su-competencia-para-declarar-la-inconstitucionalidad-de-una-ley/

- SAPAG, Mariano A., “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, *Dikaion*, vol. 22, núm. 17, diciembre de 2008, pp. 157-198, Universidad de La Sabana, Colombia. <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=72011607008>
- SCHWABE, Jürgen, “Caso Lüth, sentencia de la Sala Primera de 15 de enero de 1958”, en *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Marcella Anzola Gil (trad.), México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- VÁZQUEZ, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar*, 2 reimp., México, IIJ-UNAM, 2018.

Jurisprudencia

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), Amparo en Revisión 226/2020, ponente: ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá.
- SCJN, Primera Sala, Tesis: I.4o.A.19 K (10a.), “Derechos fundamentales. Su relación con el poder de policía”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXII, t. 2, Julio de 2013, p. 1386. Registro: 2003972.
- SCJN, Primera Sala, Tesis: 1a. CXLVIII/2014 (10a.), “Derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa. Su contenido a la luz de los tratados internacionales”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 801, Registro: 2006171.
- SCJN, Primera Sala, Tesis 1a. CCCXLIII/2015 (10a.), “Derecho a la salud. Algunas formas en que las autoridades deben reparar su violación”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 24, t. I, noviembre de 2015, p. 969, Registro: 2010420.
- SCJN, Primera Sala, Tesis: 1a. CCV/2015 (10a.), “Derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa. Su contenido no se agota con la infraestructura básica adecuada de aquélla, sino que debe comprender el acceso a los servicios públicos básicos”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 19, t. I, junio de 2015, p. 583, Registro: 2009348.
- SCJN, Primera Sala, Tesis 1a./J. 20/2016 (10a.), “Antecedentes penales, entendidos en sentido amplio. Deberes de los órganos jurisdiccionales al interpretar o aplicar normas secundarias que aluden a ellos como criterio para la individualización de la pena”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 30, t. II, mayo de 2016, p. 923. Registro: 2011645.
- SCJN, Primera Sala, Tesis 1a. CCLXXXVIII/2018 (10a.), “Derecho humano a un medio ambiente sano. La vulneración a cualquiera de sus dos dimensiones constituye una violación a aquél”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 308, Registro: 2018633.

- SCJN, Primera Sala, Tesis 1a. XV/2021 (10a.), Derecho humano a la salud. El Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente su plena efectividad, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 84, t. II, marzo de 2021, p. 1224, Registro: 2022889.
- SCJN, Primera Sala, Tesis 1a. XIV/2021 (10a.), Derecho humano a la salud. Criterios que deben valorarse para su efectiva garantía (objetivo, subjetivo, temporal e institucional), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 84, t. II, marzo de 2021, p. 1222, Registro: 2022888.
- SCJN, Primera Sala, Tesis 1a. XIII/2021 (10a.), Derecho humano a la salud. La asistencia médica y el tratamiento a los pacientes usuarios de alguna institución que integre el sistema nacional de salud, deben garantizarse de forma oportuna, permanente y constante, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 84, t. II, marzo de 2021, p. 1225, Registro: 2022890.
- SCJN, Pleno, Tesis P/J. 20/2014 (10a.), “Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202, Registro: 2006224.
- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.4o.A.196 A (10a.), “Facultades discrecionales de los órganos administrativos. Sus características, límites y control judicial cuando se encuentren en juego derechos fundamentales”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 80, t. III, noviembre de 2020, p. 1985, Registro digital: 2022360.
- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.4o.A.438 A, “Militares. Para resolver sobre su retiro del activo por detección del VIH, debe estarse a la interpretación sistemática, causal teleológica y por principios de los dispositivos constitucionales que protegen el derecho a la salud, a la permanencia en el empleo y a la no discriminación”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 2363, Registro: 180322.
- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.4o.A.5 K (10a.), “Plazo razonable para resolver. Dimensión y efectos de este concepto cuando se aduce excesiva carga de trabajo”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro XV, t. 2, diciembre de 2012, p. 1453, Registro digital: 2002351.
- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.4o.A.4 K (10a.), “Plazo razonable para resolver. Concepto y elementos que lo integran a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XV, t. 2, diciembre de 2012, p. 1452, Registro digital: 2002350.

- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.4o.A.11 K (10a.), “Suspensión. Noción de orden público y su finalidad”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, t 2, diciembre de 2012, p. 1575, Registro: 2002421.
- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.4o.A.21 K (10a.), “Omisión legislativa. Su concepto”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, t. II, diciembre de 2013, p. 1200, Registro: 2005199.
- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.4o.A.22 K (10a.), “Omisión legislativa. Notas distintivas”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, t. II, diciembre de 2013, p. 1199, Registro: 2005198.
- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: III.2o.C.85 C (10a.), “Prueba pericial en genética. Si el infante se opone a su admisión, aduciendo transgresión a sus derechos a la dignidad humana y a la intimidad, y ello origina una colisión entre derechos que pretenden tutelar el interés superior del niño, debe priorizarse su derecho a conocer su identidad biológica sobre éstos”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 48, t. III, noviembre de 2017, p. 2106, Registro digital: 2015577.
- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.4o.A.200 A (10a.), “Medicamentos del cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 79, t III, octubre de 2020, p. 1838, Registro: 2022301.
- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.4o.A.200 A (10a.), “Medicamentos del cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 79, t. III, octubre de 2020, p. 1838, Registro digital: 2022301.
- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis I.4o.A.8 CS (10a.), “Solicitud de evaluación sanitaria de productos con extracto oleoso de cáñamo (*Cannabis sativa*), que contienen concentraciones del 1% o menores de tetrahidrocannabinol (THC) para su comercialización e importación”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 85, t III, abril de 2021, p. 2351, Registro: 2023056. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2023056>
- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis I.4o.A.7 CS (10a.), “Solicitud de evaluación sanitaria de productos con extracto oleoso de cáñamo (*Cannabis sativa*), que contienen concentraciones del 1% o menores de tetrahidrocannabinol (THC) para su comercialización e importación”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 85, abril de 2021, t. III, p. 2353, Registro: 2023055.

LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO.

REGLAS Y REGULARIDADES

Diego Valadés*

RESUMEN

A una década de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, es importante advertir que, como en otros ámbitos, la norma no necesariamente coincide con la normalidad; al contrario, hay numerosos casos en los que se introducen conductas opuestas a la norma. Así, la experiencia muestra que son necesarios esfuerzos adicionales para conseguir que las normas vigentes sean eficaces. En ese sentido, este texto aborda la forma como se construyó el capítulo primero de la Constitución y, más detenidamente, el artículo 4o., para entender los alcances y límites de estas normas; luego, se analiza el tema de los tratados, cuya repercusión en el derecho interior está siendo más relevante hoy. En el examen de estos apartados se proponen adiciones que permitan hacer eficaces los derechos de las mujeres; resolver puntos oscuros de los estados de excepción y del federalismo en materia de derechos humanos; extender estos derechos a los emigrantes; atender los problemas planteados por las redes sociales; identificar la democracia como un derecho humano; garantizar los derechos humanos ante actos de particulares; revisar la función de las comisiones de derechos humanos y adoptar instrumentos de medición para conocer con mayor precisión la eficacia y el impacto de los derechos humanos. Por último, se incluyen unas reflexiones finales en cuanto a la ineficacia, impacto y extensión de los derechos humanos.

* Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, del Sistema Nacional de Investigadores y del Sistema Nacional de Creadores. diego_valades@yahoo.com

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

A diez años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, examino aquí las reglas y su observancia. En este, como en otros ámbitos, se advierte que la norma no coincide con la normalidad; más aún, hay numerosos casos en los que tienden a normalizarse conductas opuestas a la norma. De ahí que hable de regla, como la norma en vigor, y de regularidad, como la eficacia que se espera de esa regla. La experiencia muestra que son necesarios esfuerzos adicionales para conseguir que las normas vigentes sean eficaces.

En este repaso panorámico primero examino la forma como se construyeron el capítulo primero de la Constitución y, con mayor detenimiento, el artículo 4o., y a continuación aludo al tema de los tratados, cuya repercusión en el derecho interior está siendo más relevante cada día. En esos apartados, y en los subsiguientes, propongo adiciones que permitan hacer eficaces los derechos de las mujeres; resolver los puntos oscuros de los estados de excepción y del federalismo en materia de derechos humanos; extender estos derechos a los emigrantes; atender los problemas planteados por las redes sociales; identificar la democracia como un derecho humano; garantizar los derechos humanos ante actos de particulares; revisar la función de las comisiones de derechos humanos y adoptar instrumentos de medición para conocer con la mayor precisión posible la eficacia y el impacto de los derechos humanos. En la parte final, he incluido, para su consulta, una nota con un par de muestras acerca de las mediciones que se hacen en el extranjero que corroboran la percepción prevaleciente en cuanto a la ineficacia de algunos derechos reconocidos en nuestra Constitución.

Son muy plausibles las cuantificaciones que llevan a cabo el Instituto Nacional de Estadística y Geografía y el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, pero los estudios de impacto normativo tienen otra orientación, pues calibran la relación entre cada norma y sus efectos en la realidad ambiental, cultural, económica y social, para de ahí desprender recomendaciones en cuanto a la adecuación de la norma, si se advierten errores de diseño, o de las políticas, si se identifican resultados inferiores o diferentes a los procurados por la norma.

II. CONSTRUCCIÓN DEL CAPÍTULO PRIMERO DE LA CONSTITUCIÓN

En el proyecto de Constitución presentado en 1916 ante el Congreso constituyente, Venustiano Carranza denominó “De las garantías individuales” el primer capítulo. Este encabezado fue sustituido en 2010 por otro más técnico: “De los derechos humanos y sus garantías”, entendiendo que las garantías son los

instrumentos procesales que permiten hacer efectivos los derechos sustantivos cuando son infringidos.

Reformas al capítulo de la Constitución (1921-2011-2021)

Artículo	Número de reformas hasta 2011*	Número de reformas a partir de 2011**	
1o.	3	-	3
2o.	1	4	5
3o.	7	4	11
4o.	9	9	18
5o.	4	1	5
6o.	3	3	6
7o.	-	1	1
8o.	-	-	-
9o.	-	-	-
10	1	1	2
11	1	1	2
12	-	-	-
13	-	-	-
14	1	-	1
15	1	-	1
16	6	2	8
17	2	3	5
18	7	2	9
19	3	2	5
20	6	1	7
21	5	2	7
22	5	1	6
23	-	-	-
24	1	1	2
25	2	4	6
26	2	4	6
27	16	4	20
28	5	6	11
29	3	1	4
Reformados: 24/29	94 (62%)	57 (38%)	151

* Se incluyen solo las llevadas a cabo hasta antes del 10 de junio de 2011.

** Se incluyen las reformas posteriores al 10 de junio de 2011, hasta marzo de 2021.

Hubo otro cambio significativo. En la Constitución anterior, de 1857, el artículo primero *reconocía* los derechos del hombre, en tanto que la de 1917 los *otorgaba*. En 2010 se regresó a la fórmula del reconocimiento empleada en el siglo XIX, con las implicaciones que esto tiene en cuanto a la supuesta existencia de derechos previos al Estado. Aunque es un tema ajeno al alcance de este ensayo, lo registro aquí, pues implicó un viraje con relación a la filosofía del Constituyente queretano.

En noventa años, entre 1921, fecha de la primera reforma a la Constitución, y 2011, el capítulo primero fue objeto de 94 reformas y en los siguientes diez años su número ascendió a 57. La distribución de modificaciones por artículo se puede apreciar en el cuadro de la página anterior.

En el curso de 90 años se introdujeron casi dos terceras partes de las reformas a este capítulo y en los diez años siguientes un poco más de un tercio. Los dos preceptos con mayor número de cambios son el 4o. y el 27. Las correspondientes al 4o. se han llevado a cabo a lo largo de los últimos 47 años, en tanto que, del total de las aplicadas al 27, se realizaron 16 entre 1934 y 1996, es decir, en un periodo de 52 años. El primer ciclo tuvo relación con el cambio demográfico del país, que implicó una fuerte migración hacia las ciudades, y el segundo con el cambio democrático, que supuso un incremento de las expectativas sociales al mismo tiempo que el sistema electoral se dinamizaba.

Con motivo de la reforma inicial al artículo 4o., en 1974, su contenido original se trasladó al artículo 5o., de manera que a partir de esta fecha inició la construcción de un nuevo precepto constitucional. La peculiar técnica de acrecimiento del dispositivo ha hecho que se le hayan ido sumando párrafos sin señalamiento de su número, lo que dificulta las citas. En la actualidad el artículo contiene 18 párrafos y alude a una amplia gama de materias, como se verá en el apartado siguiente. Se trata de un artículo que acoge una diversidad de temas sin relación entre sí y que tiende a aumentar.

El incremento de las reformas puede tener muchas explicaciones; una de ellas es que los gobiernos han encontrado allí una vía de legitimación social, para intentar compensar las desigualdades existentes, la concentración de la riqueza, la pobreza, la insuficiencia y deficiencia de los servicios, los efectos de la inseguridad y la presencia incontrolada de la corrupción. A manera de paliativos o, tal vez, como distractores sociales, el capítulo primero de la Constitución y, de manera especial, el artículo 4o. han sido utilizados para amortiguar la frustración social.

III. PANORAMA GENERAL DE CAMBIOS AL CAPÍTULO PRIMERO

El capítulo primero de la Constitución, o sea, el régimen constitucional de los derechos fundamentales en México, se caracteriza por su dinamismo, lo que tiene ventajas en cuanto a la plasticidad, que le permite acoger nuevos desarrollos, pero como contrapunto implica inestabilidad del texto y dificulta su conocimiento por quienes no están familiarizados con cuestiones jurídicas.

En general no hay temor de regresiones normativas, pero tampoco se facilita la sedimentación de las disposiciones, sujetas a cambios continuos, lo que impide su interiorización por parte de sus propios destinatarios. A diferencia de los sistemas constitucionales “clásicos”, donde los derechos fundamentales han seguido una ruta progresiva a través de leyes ordinarias, interpretaciones jurisprudenciales, tratados y convenciones internacionales e incluso de políticas públicas, en México se optó por mantener en movimiento la Constitución misma. Numerosas normas que figuran en ella habrían podido figurar en las leyes. Uno de los factores que contribuyeron a su inclusión constitucional fue evitar que, en la medida en que pudieran implicar obligaciones o limitaciones adicionales para los particulares, habrían sido impugnables mediante juicios de amparo. Al no estar contempladas en la norma suprema, el juzgador habría podido adoptar una interpretación progresiva, pero también cabría el riesgo de una interpretación restrictiva.

Como fuere, el procedimiento constructivo de los derechos fundamentales en la Constitución mexicana ha seguido un ritmo incremental, con algunas diferencias en cuanto a la técnica aplicada. En el artículo 4o. prevalece la redacción escueta de los derechos, en tanto que en el resto de los preceptos incluidos en el capítulo primero domina una tendencia a la minucia. A continuación se mencionan algunas adiciones al capítulo, a partir de 2011, que ilustran el desarrollo de la reforma, con excepción del artículo 4o., que será examinado con mayor detalle.

- a. Derechos de género: artículo 2o. (2016, 2019). Protege los derechos de la mujer sin afectar los derechos de los pueblos originarios y sus comunidades; artículo 3o. (2019). Incorpora el principio de *perspectiva de género*. Si bien está referido a los planes y programas de estudio, en virtud de la progresividad, debe entenderse como aplicable a todos los ámbitos de los derechos humanos. Además, es un principio que figura en las convenciones internacionales de las que México forma parte. En todo caso, para subrayar la necesidad de extender el principio a todos los derechos humanos, en el apartado VI formulo una propuesta específica.
- b. Pueblos afroamericanos: artículo 2o. (2019). Incluye los derechos de los pueblos y comunidades afroamericanas.

- c. Vida privada: artículo 6o. (2013). Incluye el respeto de la vida privada entre las limitaciones a la manifestación de ideas.
- d. Acceso a la información: artículo 6o. (2013, 2014, 2016). Desarrolla una extensa regulación acerca de los instrumentos y de la forma para ejercer el derecho a la información. Una buena parte del texto adicionado, en especial respecto de la integración y el funcionamiento del órgano previsto, debió quedar en la legislación ordinaria.
- e. Protección ante particulares: artículo 7o. (2013). Prohíbe el abuso de controles oficiales o particulares en perjuicio de la libertad de información. Es posible que no se hayan medido los alcances de esta adición, pues se hace implícita la posibilidad de que los particulares y las autoridades controlen el papel, las frecuencias radioeléctricas y, en general, los medios y las tecnologías de la información y de la comunicación, y hagan uso abusivo de ellos para impedir la transmisión y circulación de ideas y de opiniones. La lectura cuidadosa del precepto indica que lo que quiso prohibir fue el ejercicio, no el abuso, de controles en perjuicio de esas libertades, pues tal como quedó podría entenderse que sí es lícito limitar las libertades con tal de que no se abuse. Un ejemplo de mal uso sería exigir una contraprestación económica a cambio de permitir el ejercicio de las libertades. Es obvio que no era esto lo que se quería decir, pero fue eso lo que se acabó diciendo. La parte favorable consiste en que es el primer precepto constitucional que admite la posibilidad de que los particulares violen derechos fundamentales. Es un paso incipiente para establecer la defensa horizontal de los derechos humanos.
- f. Galimatías constitucionales: de manera tradicional se puso especial atención en la pulcritud de las reformas al artículo 3o. La de 1946, por ejemplo, fue encargada a Jaime Torres Bodet y, a partir del concepto de democracia como estructura jurídica, régimen político y sistema de vida basado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo, adquirió la dimensión de un principio eje del constitucionalismo mexicano.

Empero, la reforma de 2019 careció de la misma atención y quedó redactada de manera confusa. El párrafo undécimo dice:

Los planes y programas de estudio tendrán perspectiva de género y una orientación integral, por lo que se incluirá el conocimiento de las ciencias y humanidades: la enseñanza de las matemáticas, la lecto-escritura, la literacidad, la historia, la geografía, el civismo, la filosofía, la tecnología, la innovación, las lenguas indígenas de nuestro país,

las lenguas extranjeras, la educación física, el deporte, las artes, en especial la música, la promoción de estilos de vida saludables, la educación sexual y reproductiva y el cuidado al medio ambiente, entre otras.

El primer problema consiste en incluir en la norma suprema contenidos de los planes y programas de estudio. Es evidente que no se trata de una materia constitucional; sujetar las futuras adecuaciones de programas escolares a reformas constitucionales es a todas luces excesivo. El segundo problema tiene que ver con la inclusión de la voz *literacidad*, que el constituyente ordinario no definió y que corresponde a un concepto de neurociencias que carece de traducción normativa. El tercer problema es el descuido incluso en aspectos curriculares. A partir de los dos puntos que siguen a ciencias y humanidades se alude a una serie de materias que no guardan relación con las unas ni con las otras, como educación física o deportes.

Un cuarto problema del artículo 3o. reformado es de orden técnico jurídico. En el cuerpo del precepto se establece la obligatoriedad de la educación en todos sus niveles. Es explicable que lo sea en los niveles que van de preescolar a media superior, en la medida en que el artículo 31 prevé como obligación de los mexicanos contribuir a la educación de los menores; para intentar sortear la hipotética obligación impuesta a los adultos para cursar educación superior, en el mismo párrafo del artículo 3o. se introdujo la excepción de que la educación superior es obligatoria “en los términos de la fracción X”, y en esta se dispone que “la obligatoriedad de la educación superior corresponde al Estado”. En los términos de esa confusa redacción el Estado queda obligado a cursar estudios superiores. Como esto resultaría absurdo, hay que entender la equívoca redacción en el sentido de que los Estados tienen “la obligación de impartir educación superior”. Solo que entonces surge otro contrasentido, pues parecería que esa es la única obligación educativa del Estado y que la primaria, por ejemplo, puede, pero no debe, impartirla.

La obligatoriedad de la educación apareció en la reforma de 1934, referida a la primaria. En 1993 se extendió a la secundaria, en 2002 a la preescolar y en 2012 a la media superior. Hasta ahí todo iba bien, pero en 2019 se estableció que solo la educación impartida por el Estado es obligatoria. Si el precepto se aplicara como se lee, habría que considerar que, si los padres o tutores envían a sus hijos o pupilos a escuelas privadas, al mismo tiempo deben mandarlos a las públicas, pues es la única forma de cumplir con lo ordenado por la nueva redacción del artículo 3o.

Quienes reformaron la Constitución no entendieron con claridad lo que decían, de manera que mal construyeron un precepto axial para los derechos humanos.

IV. CONSTRUCCIÓN DEL ARTÍCULO 40. CONSTITUCIONAL

El artículo 40. consta de 802 palabras y 18 párrafos. En buena técnica legislativa, un artículo es una unidad preceptiva, pero en este caso cada párrafo corresponde a un derecho diferente, y ni siquiera ellos están ordenados en forma literal o numeral. El problema se puede resolver redactando una entrada general en la que se diga: “En los Estados Unidos Mexicanos toda persona gozará, además de los previstos por otras disposiciones de esta Constitución, de las leyes y tratados, de los siguientes derechos”, y a continuación se incluirían, numerados, los párrafos que integran el artículo.

La amalgama actual contiene quince derechos diferentes: igualdad jurídica de la mujer y el hombre; libertad de procreación; alimentación; protección de la salud; ambiente sano; agua; vivienda; identidad personal y registro; niñez; cultura; deporte; renta básica; becas; seguridad vial; inclusión social. Un aspecto favorable de este artículo, que contrasta con el resto de la Constitución, consiste en la concreción de sus enunciados. Empero, la construcción de estos derechos tampoco corresponde a una misma técnica, por lo que son identificables tres formas de enunciado que contrastan entre sí: derechos sin condición alguna y, por ende, ejercitables de manera inmediata; derechos cuya vigencia se hace depender de lo que disponga la legislación ordinaria, y derechos sujetos a las decisiones de gobierno a través de sus políticas públicas.

Entre los derechos incondicionales están: la igualdad jurídica de la mujer y el hombre, la libertad de procreación y la identidad personal y registro, y en estos casos no podría ser de otra manera. Pero también aparecen obligaciones de prestación automática y universal, como el derecho a la alimentación. El párrafo tercero es categórico: “Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará”. Se trata, por ende, de una obligación del Estado que debe cumplir de forma universal, inmediata y total. Existen mecanismos para hacer eficaz el derecho humano a la alimentación, pero el Estado mexicano se encuentra en falta, al no haber adoptado alguno de ellos. Faltan programas para proveer alimentos a la población infantil, a las madres, a los enfermos, a quienes carecen de ingreso suficiente. La obligación constitucional es directa y no se cumple.

En otros casos se adoptó una técnica más acorde con la magnitud de los compromisos y quedaron sujetos a las modalidades que se prevean en las disposiciones reglamentarias. Así sucede con los derechos a la protección de la salud, al ambiente, al agua, a la vivienda, a la cultura, al deporte, a la renta básica y a la inclusión social. En cuanto a los derechos atribuidos a la niñez, sus necesidades de alimentación, salud, educación y esparcimiento se atienden mediante las políticas

públicas que se vayan adoptando. Esto implica una contradicción, pues deja al arbitrio de los gobernantes definir y decidir cuándo y cómo dan cumplimiento a una norma constitucional.

Este precepto es heterogéneo en cuanto a las materias y en cuanto a la naturaleza de cada *derecho*. En algunos casos se está ante enunciados normativos de aplicación directa, en otros, ante disposiciones vinculantes sujetas a reglamentación y, en uno más, el concernido con la niñez, ante un enunciado nominal calificado solamente como un “principio” para “guiar el diseño” de “las políticas públicas”. Su inclusión, en los términos que aparece, contradice el carácter normativo de la Constitución.

Por su amplitud, el artículo 4o. es un precepto muy vulnerable. Muchos de sus enunciados no son cumplidos o lo son de manera defectuosa o incompleta. La protección de la salud con motivo de la pandemia de covid-19, por ejemplo, no correspondió a la magnitud de las necesidades colectivas. La centralización de las decisiones y las contradicciones en que se incurrió, y la ausencia de un debate congresual acerca de las medidas adoptadas y de los niveles de mortandad, estuvieron entre las causas por las que el Estado incumplió sus obligaciones. Esto se tradujo en un número desconocido de fallecimientos, pero incluso con las cifras incompletas se muestra que México figura entre los países con más elevada letalidad del planeta.

Con motivo de la pandemia por covid-19, la mayor parte de las observaciones críticas se enderezaron contra la limitación de pruebas de diagnóstico; las contradicciones en cuanto a medidas profilácticas, como el uso de cubre bocas; las limitaciones para acceder a centros hospitalarios; la desprotección del personal médico, y la insuficiencia de atención y medicamentos para otro tipo de enfermedades. Sin embargo, no ha sido tan ostensible la inminencia de un nuevo problema, consistente en la falta de previsión de los tratamientos que demandarán muchos de quienes padecieron la enfermedad, a causa de sus secuelas. La atención de este tipo de pacientes es un potencial problema mayor de salud pública, tanto por el número de quienes pueden experimentar esas secuelas, cuanto por la naturaleza de los padecimientos involucrados, como los trastornos alimentarios, auditivos, emocionales y musculares, por ejemplo.

V. TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS: PRIVILEGIO DE LOS GOBIERNOS

La internacionalización de los derechos humanos es uno de los factores que han contribuido de manera más decisiva a su expansión y consolidación en el planeta. Esto no obstante, la mayoría de los habitantes del orbe vive todavía en condiciones

de precariedad jurídica. En el caso de México, la reforma de 2011 estableció que todas las personas gozan de los derechos consignados en la Constitución y “en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”. Los tratados, a cuyo contenido se dio un nivel equivalente al constitucional, tienen diferencias significativas con la Constitución. Esta última es reformada por una mayoría especial de ambas cámaras, más la mayoría de los Congresos locales, y el presidente no tienen facultades de veto; en cambio, los tratados son aprobados por mayoría simple de los senadores, a iniciativa exclusiva del presidente. Además, la denuncia de los tratados solo procede a iniciativa del presidente, lo que deja en sus manos un enorme poder con relación al régimen de los derechos humanos.

De esa manera, hay igualdad material entre normas que tienen un origen contrastante. En adición, las reformas constitucionales son debatidas entre representantes políticos, de la nación y de las entidades federativas, mientras que los tratados multilaterales son discutidos y aprobados entre representantes diplomáticos de los gobiernos, no todos democráticos, con la participación de peritos internacionales. Los tratados son suscritos entre Estados con desarrollos jurídicos muy asimétricos. Esto explica que cuestiones como el aborto o la eutanasia no hayan sido objeto de acuerdos internacionales, ni siquiera en Europa, donde más han avanzado las normativas nacionales sobre tales materias.

En 1991 la Constitución argentina resolvió de mejor manera el problema que se presenta en México, pues dispuso que los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, adicionales a los que de manera específica enuncia, requieren una votación de dos tercios de la totalidad de cada cámara “para gozar de jerarquía constitucional” (art. 75). Esa mayoría es la misma exigida para declarar la necesidad de reformar la Constitución (art. 30).

Es plausible admitir la aplicación de normas de origen externo en materia de derechos humanos, si con ello se enriquece su contenido. El aspecto más promisorio consiste en la jurisdicción internacional, como ha mostrado la práctica, pero conviene tener presente que las formulaciones normativas a través de tratados incluyen las posiciones procedentes de gobiernos no democráticos y de Estados confesionales.

VI. DERECHOS HUMANOS, GÉNERO Y LENGUAJE INCLUSIVO

En materia jurídica, el denominado lenguaje de género tiene cuatro grandes vertientes: suprimir conceptos que tengan implicaciones sexistas; utilizar palabras neutras; feminizar numerosos sustantivos, y desdoblarse los géneros. En cuanto al primero, es incontestable que así debe ser, y resulta conveniente establecer grupos de estudio en las universidades para que personas expertas (véase que eludo

“expertos”) en derecho y en filología examinen la normativa vigente y propongan las correcciones que se hagan necesarias.

También es posible que las normas generales, las decisiones jurisdiccionales y las disposiciones administrativas utilicen voces neutras, tantas veces como sea posible. En este caso están al alcance numerosas palabras que ofrecen soluciones satisfactorias. Para identificarlas se requiere el manejo de un lenguaje más rico que el del promedio, por lo que sería de gran ayuda que las instancias oficiales contaran con personas versadas en literatura.

En cuanto al tercer asunto, los nuevos usos se van abriendo paso y se aceptan de manera pacífica voces como *comandanta*, *jueza*, *presidenta* y *soldada*, y están en formación otras como *testiga* o *estudiante*, para solo citar algunos ejemplos.

El problema más difícil de resolver es el desdoblamiento, pues tiene dos implicaciones: hacer muy extensos y farragosos los textos, construyendo un lenguaje confuso, ajeno al que se utiliza de forma coloquial e incluso en la doctrina. La segunda, es convertir el error gramatical en regla. Pero esto tampoco satisfaría las aspiraciones igualitarias por medio de las expresiones desdobladas a medias o mal desdobladas.

El uso forzado de un lenguaje con aspiraciones de inclusión puede generar efectos contraproducentes. Son comunes los errores de concordancia, como el que se aprecia en el artículo 4o. constitucional cuando dice “las y los afroamericanos”, en lugar de “las afroamericanas y los afroamericanos”; en el artículo 100 “las y los defensores públicos”, en vez de “las defensoras públicas y los defensores públicos”, y en el 108, “las y los jueces”, para no decir “las juezas y los jueces”. Como se ve, por lo general al artículo en femenino le siguen sustantivos que conservan el género masculino. Este rasgo característico introducido de manera creciente en la legislación ordinaria y practicado en el lenguaje público, pues en la conversación privada es escaso, hace conspicuo el uso del género masculino, lo que, en mi opinión, no contribuye a los objetivos de igualdad perseguidos por esa forma de expresión. Al decir “las y los mexicanos”, “las y los ciudadanos”, “las y los trabajadores”, se afecta la concordancia, pero esto es irrelevante desde el punto de vista social; lo que sí cuenta es que acentúa de manera involuntaria y contraproducente la dominancia subliminal del género masculino.

El lenguaje inclusivo debe ser objeto de análisis institucional,¹ para determinar qué tan vinculada está la exigencia de su uso con la frecuencia de violaciones

¹ Sobre este tema hay abundante literatura, que incluye sendos pronunciamientos de la Real Academia Española de la Lengua y de la Academia Mexicana de la Lengua. Para los interesados en el tema sugiero Grijelmo, Álex, *Propuesta de acuerdo sobre el lenguaje inclusivo*, México, Taurus, 2021.

de los derechos de las mujeres. En general, parece que esa demanda es tanto más intensa cuanto mayores son las formas de acoso y violencia en perjuicio de la mujer. Con independencia de las buenas razones en cuanto a mejorar diversos aspectos del uso de la lengua, hay elementos para inferir que las posiciones más enfáticas están presentes en los espacios donde la mujer padece mayores efectos de injusticia, violencia y desigualdad. Conviene realizar estudios empíricos que aporten mayores evidencias.

La reforma de 2011 significó un avance en múltiples frentes. Si bien mejoró la condición jurídica de la mujer, al cabo de diez años es posible identificar una nueva necesidad: la del enfoque de género como principio general. Desde su inicio el mexicano ha sido un Estado machista. Un primer ajuste fueron los derechos de la mujer en materia laboral (1917), luego el voto femenino en el ámbito municipal, más de treinta años después (1948). Los cambios subsiguientes culminaron en 2011. La experiencia demuestra que no ha bastado con lo hecho para dar a la mujer un espacio de seguridad y una plataforma de igualdad y desarrollo. La pandemia hizo evidente la vulnerabilidad de la mujer, expuesta a la violencia y a la exclusión.

Es necesario llevar a la norma suprema el principio general de perspectiva de género para hacerlo exigible en todos los ámbitos, no solo en el educativo y en el jurisdiccional. La perspectiva de género debe estar presente también en los ámbitos administrativo, ambiental, fiscal, laboral, político y sanitario; en general, en todo el sistema jurídico del país. Para constitucionalizar ese principio el párrafo tercero del artículo 1o. podría ser adicionado de esta manera: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad y *perspectiva de género*”.

VII. ESTADO DE EXCEPCIÓN: DE HECHO Y DE DERECHO

La reforma constitucional de 2011 incluyó una amplia adición al artículo 29, incorporando salvaguardas para el caso de la suspensión de garantías. Se determina que en ningún caso es posible afectar diversos derechos que incluyen la no discriminación, el reconocimiento de la personalidad jurídica, la vida, la integridad personal, la protección de la familia, el nombre, la nacionalidad, los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, de conciencia y “de profesar creencia religiosa alguna”. También son intangibles los principios de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura, y las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Aunque no ha habido una fe de erratas, es obvio que existe una en cuanto a la no afectación del derecho “de profesar creencia religiosa alguna”, pues con seguridad se quiso aludir al derecho “de profesar o no creencia religiosa alguna”. Es recomendable que en algún momento se haga la corrección, para preservar la pulcritud del texto. De otra manera se mantendrá una expresión ambigua en una redacción que trató de ser exhaustiva.

Además de esas excepciones expresas, hay otras que resultan del contenido mismo de los derechos. Para superar los casos de perturbación grave de la paz pública, de invasión extranjera, o “cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto”, en ningún momento podría justificarse restringir los derechos de acceso a la justicia, a la educación, a la igualdad, a los diversos derechos previstos por el artículo 4o. ni a los de carácter agrario y económico.

A partir de esas reservas, explícitas e implícitas, por exclusión los únicos derechos que pueden ser objeto de restricciones temporales son los de acceso a la información, expresión, petición, portación de armas, protección de datos personales, reunión, trabajo y tránsito. Para limitar cualquiera de estos derechos es indispensable que el decreto correspondiente exprese los motivos y el fundamento de la restricción, así como el ámbito territorial donde se haya de aplicar, y su duración.

La Constitución prevé además que para la validez del decreto de suspensión o restricción de derechos se deben observar seis principios: legalidad, no discriminación, proclamación y publicidad, que son comunes a todo acto de autoridad, más los de proporcionalidad y racionalidad, que resultan muy relevantes en este tipo de decisiones para que la emergencia no se utilice en contra de personas específicas ni se incurra en acciones arbitrarias.

La Constitución dispone que el Congreso puede decretar el fin de las medidas restrictivas, y contra ese decreto el presidente no tiene derecho a formular observaciones. Este es el control más importante que la Constitución confiere en la materia al Congreso, pero es un control insuficiente. La parte umbrosa del artículo 29 corresponde a los decretos presidenciales, a los que hace referencia reiterada. El párrafo primero del precepto indica que el Congreso tiene la facultad de aprobar la decisión presidencial, y que el Ejecutivo es quien hace “frente a la situación”. Más adelante, en el párrafo final, se alude a “los decretos expedidos por el presidente”, con lo cual se deja abierta la hipótesis de que el Congreso solamente intervenga en la declaratoria inicial, mas no en los diversos decretos que el presidente emita en el curso del estado de excepción. El artículo únicamente es claro en cuanto a la facultad congresual de dar por terminado ese estado, pero no lo es por cuanto hace a su involucramiento en los decretos que el presidente

expida durante el curso de la emergencia. En una materia tan delicada como la afectación de derechos fundamentales esta es una omisión relevante.

Otra cuestión mal resuelta consiste en la imprecisión respecto de los controles al ejercicio de las facultades presidenciales de emergencia. Si se aplicara el principio de que quien autoriza el establecimiento del estado de excepción debe también evaluar el uso que se haya dado a su autorización, se tendría resuelto el problema. Pero la manera de escribir la Constitución en México hace que solamente se aplique, y ni siquiera siempre, lo que ella dice de manera precisa. Así pues, dada la ausencia de disposición expresa, el control congresual queda en duda.

Por lo que hace a la intervención de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los términos son a tal punto ambiguos que distan de significar un control eficaz. El párrafo final del artículo indica que la Corte, de oficio “e inmediatamente” deberá pronunciarse “con la mayor prontitud” sobre la constitucionalidad y validez de “los decretos expedidos por el Ejecutivo”. Esta vaguedad constitucional acerca de la inmediatez y de la prontitud introduce un elemento de discrecionalidad e incertidumbre jurídica que hace cuestionables las ventajas del estado de excepción.

Para aumentar las reticencias sobre una institución tan necesaria, a diez años de la reforma los legisladores no se han dado tiempo para reglamentarla. Este conjunto de reservas fundadas alimenta las resistencias a emplear la institución. El resultado es tan nocivo como podría serlo una mala aplicación del estado de excepción, porque los derechos se suspenden, pero sin las formalidades constitucionales. La percepción de ilegitimidad hizo que en circunstancias críticas los gobiernos optaran por suspender de hecho los derechos constitucionales, para evitar el debate de hacerlo por las vías de derecho. Esto ha generado una sistemática contravención constitucional que se ha normalizado por una especie de aceptación colectiva.

El derecho más afectado cuando se dan las condiciones de excepción suele ser el de libre tránsito. Con motivo de la pandemia por covid-19 también se impusieron restricciones a los derechos de reunión y de trabajo, asimismo por las vías de hecho, en tanto que los decretos y acuerdos expedidos por las autoridades carecieron de base legal.

Las insuficiencias y deficiencias del artículo 29, reformado en 2011, y la práctica inveterada de suspender derechos fundamentales por las vías de hecho a partir de la posguerra mundial hacen que el estado de excepción sea un capítulo pendiente de solución en el ordenamiento mexicano.

VIII. FEDERALISMO Y DERECHOS HUMANOS

En materia de derechos humanos, el federalismo en México plantea al menos dos grandes dificultades: el de hacer compatible la igualdad ante la ley, como ordena la Constitución, y convertir a las Constituciones locales en proclamas. La primera cuestión podría ser superada si la construcción de nuevos derechos fuera precedida por canales institucionalizados eficientes para que los Congresos se comuniquen entre ellos y compartan las determinaciones que vayan tomando. Por esta vía se generaría la dispersión informativa acerca de esos nuevos derechos y se propiciaría una igualación espontánea de los derechos, incentivada por el cotejo de los avances que se produzcan en cada entidad, sin afectar así la autonomía estatal. La opinión pública y la sana presión entre pares permitiría superar las disparidades que se dan en cuanto a los derechos de los mexicanos. En forma paulatina se alcanzaría la igualdad de derechos, con las ventajas consiguientes para la población nacional.

La creatividad de las Constituciones locales es plausible y constituye un motor que imprime dinamismo al ordenamiento jurídico en México. En el orden académico hay mucha comunicación entre constitucionalistas de todo el país, pero no existen canales de comunicación institucional sistemática entre las autoridades estatales. La Conferencia de Gobernadores tiene un enfoque político para la relación con las autoridades federales, y las organizaciones en las que participan los legisladores tampoco están regidas por métodos de trabajo estandarizado.

Otros aspectos relacionados con la desigualdad conciernen de manera directa a las autoridades federales. El *Código Nacional de Procedimientos Penales* representa un avance discreto. En cambio, el eje de las desigualdades más conspicuas subsiste en la medida en que hay conductas tipificadas como delito en unas entidades y en otras no y donde lo están las penas varían. La solución está en un código penal nacional, pero su adopción ha sido pospuesta de manera indefinida por la resistencia a aplicar, en todo el país, reglas que liberen a la mujer del embarazo como una obligación impuesta por el Estado.

Un tema que también dificulta superar las barreras confesionales es la posibilidad de dotar de derechos a los pacientes que, en condiciones especiales y conforme a protocolos muy explorados en diversos países, deseen terminar con su vida para poner fin a padecimientos insuperables de salud. En este caso el Estado mexicano sigue imponiendo a los gobernados el dolor como deber, asumiendo un criterio confesional que resulta lesivo del principio laico acogido por la Constitución. En ambos casos, relacionados con la prohibición del aborto y de la eutanasia, se generan condiciones de desigualdad e inequidad en perjuicio de los derechos humanos. En materia federal el obstáculo obedece a los atavismos confesionales que aún padece el Estado mexicano.

IX. LOS OLVIDADOS: MEXICANOS EN EL EXTRANJERO

De acuerdo con los datos censales de Estados Unidos, en ese país habitan alrededor de once millones de personas nacidas en México. Un número indeterminado de ellas vive en condiciones migratorias difíciles y el Estado mexicano hace por ellos solamente lo indispensable, limitándose a la protección consular. Al salir del territorio nacional la mayor parte de los derechos fundamentales de los mexicanos quedan en suspenso. A pesar del abandono por parte de las autoridades mexicanas y de las condiciones legales adversas en las que viven, los mexicanos hacen un promedio mensual de diez millones de transferencias electrónicas desde el extranjero hacia México, y el monto de las remesas es superior a US\$100 millones de dólares por día.²

El Estado mexicano no corresponde a los esfuerzos de los mexicanos de afuera; no les presta el asesoramiento jurídico necesario para que también en aquel país ejerzan los derechos que les correspondan como personas, ni ha extendido al extranjero algunos trámites legales que contribuirían a paliar las condiciones de adversidad en las que se encuentran millones de personas. Por ejemplo, diseñar un sistema de ayuda legal en el extranjero está dentro de lo posible para el Estado mexicano y sería una forma de auxiliarlas para que accedan a la justicia.

En cuanto a los actos con validez en la república mexicana, los mexicanos en el extranjero pueden contraer matrimonio y registrar a sus hijos en los consulados, pero no pueden divorciarse, por lo cual tampoco les resulta viable constituir otra familia de conformidad con la ley. Un divorcio implica resolver problemas relacionados con la guarda, custodia y convivencia de menores; el otorgamiento de pensiones y su monto; tomar decisiones sobre el patrimonio, y una multiplicidad de incidentes que suelen acompañar ese cambio de estado civil, pero, por complejo que sea el problema, es viable adoptar soluciones que permitan a esas personas ser restituidas en los derechos que perdieron al salir del país, muchas veces por causas económicas o de seguridad que el Estado mexicano no supo resolver.

El Estado mexicano también ha omitido la defensa de los menores en el extranjero, en especial frente al trato inhumano que significó la separación de sus padres y el internamiento en centros de retención, en condiciones que causan indignación y pesar y que siempre serán objeto de repulsa. La magnitud del atropello fue objeto de fuertes críticas al gobierno estadounidense por parte de la opinión pública, de los legisladores y de los organismos de derechos humanos de ese país. En cambio, el silencio oficial mexicano se hizo conspicuo, mostrando las consecuencias de que la norma suprema omite toda referencia a la defensa de los mexicanos en el extranjero.

² Cfr. Banco de México, Sistema de Información Económica, "Ingresos por Remesas".

X. DERECHOS HUMANOS Y REDES SOCIALES

El crecimiento expansivo de las redes sociales, su uso potencial en perjuicio de terceros e incluso sus riesgos para la seguridad pública generan preocupación y llevan a pensar en su regulación. En numerosos casos, en todo el mundo, el uso de las redes afecta a menores de edad y a mujeres, permite actitudes racistas, xenófobas y discriminatorias, contribuye a la comisión de delitos como fraude, tráfico de personas o de sustancias prohibidas o terrorismo, entre otros, además de una amplia gama de acciones lesivas de la dignidad y de los derechos humanos. Entre estas últimas se inscribe la propagación de falsedades que desorientan a la sociedad o que generan alarmas infundadas.

Sin embargo, ese tipo de acciones no es privativo de las redes. Lo mismo podría decirse de otros medios, por su posible uso distorsionador de la verdad y por los riesgos de nocividad que puede implicar. Llevados al extremo de prohibir o limitar esos peligros, habría que pensar, como se pretendió en otras épocas, en la proscripción de la imprenta misma. De este tipo de preocupaciones derivaron reservas como la que se usaron en la fase inicial del constitucionalismo con relación a la libertad de expresión, en el sentido de que se consentía en tanto que no afectara la moral, las buenas costumbres o el orden público.

Por otro lado, las redes permiten los acercamientos humanos, facilitan relaciones lo mismo entre conocidos que entre desconocidos, aceleran la información y dinamizan las formas de participación política. En adición, las plataformas de comunicación también acercan a los usuarios a los servicios administrativos, comerciales, financieros, lúdicos, médicos, y a disfrutar de la cultura y la recreación. En suma, las ventajas sobrepasan las desventajas. Además de contribuir al bienestar, son un instrumento más de las libertades, y el verdadero progreso individual y colectivo se mide por el ensanchamiento de las libertades. Desde esta perspectiva, las limitaciones a las libertades solo pueden ser vistas como acciones regresivas.

Lo anterior no significa que los instrumentos de los que se sirven las personas para ejercer su libertad no deban ser objeto de regulación. La organización Artículo 19, que toma su denominación del precepto con ese número de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,³ ha propuesto un mecanismo llamado Consejos de Redes Sociales (*Social Media Councils*) como órganos de autorregulación, cuyo objeto sería promover la moderación en los contenidos de las redes. Las tesis a favor de que los medios se controlen a sí mismos han sido muy

³ “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948.

exploradas y resultan valiosas, en tanto que permiten conciliar las libertades con las responsabilidades, pero tampoco resuelven todos los problemas por completo. Entre el autocontrol y la regulación externa exhaustiva hay un punto intermedio: el control casuístico que permite la controversia jurisdiccional. Esto se facilita a partir de la reforma judicial de 2021 que desarrolla en México el sistema de precedentes judiciales.

Si se parte del axioma de que es imposible prever todas las conductas y todas sus motivaciones, resulta recomendable que los principios generales reguladores de las redes sociales queden sujetos a una aplicación, caso a caso, por medio de los órganos jurisdiccionales. Incluso, al hilo de la propuesta de la organización Artículo 19, cabría experimentar a partir de instituciones de mediación a través de paneles técnicos plurales. El criterio dominante debe ser la preservación de las libertades, resguardando los derechos de terceros. De ahí la importancia de ir configurando esquemas flexibles que permitan una intervención paulatina, constructiva, de los órganos jurisdiccionales acompañados por instancias mediadoras.

XI. LA DEMOCRACIA COMO DERECHO HUMANO:

CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA

En septiembre de 2001 la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó la Carta Democrática Interamericana, cuyo artículo 1o. establece que los pueblos del continente tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. Ese derecho a la democracia está asociado al ejercicio de otros derechos fundamentales, como la transparencia de las actividades gubernamentales, las libertades de expresión y comunicación, y los de carácter social (art. 4). De manera expresa se prescribe que “la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos” (art. 7). El siguiente dispositivo añade que los derechos contenidos en la Carta están protegidos por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Con este motivo, y en los términos de la reforma constitucional de 2011, la Carta Democrática es aplicable en México. Entre sus elementos incluye el desarrollo integral, el combate a la pobreza y al analfabetismo, el manejo adecuado del medio ambiente, el fortalecimiento y la preservación de la institucionalidad democrática y la obligación de los Estados de promover “la plena e igualitaria participación de la mujer en las estructuras políticas”. El artículo 26 de la Carta reproduce, de manera casi

literal, el concepto de democracia que figura en el 3o. de la Constitución mexicana: “la democracia es un sistema de vida fundado en la libertad y el mejoramiento económico, social y cultural de los pueblos”.

La parte medular de la Carta consiste en que, al conferir a los gobernados de todo el hemisferio el derecho a la institucionalidad democrática, se considera que la ruptura del ordenamiento constitucional es una violación de los derechos humanos. Esta es una garantía de última *ratio*, cuyo ejercicio no es sencillo ni muy claro; aun así, su vigencia enriquece el universo argumental en defensa de la institucionalidad democrática. La Carta está en vigor desde 2001 y a partir de 2011 forma parte del ordenamiento constitucional en México.

XII. DERECHOS HUMANOS FRENTE A PARTICULARES

Está quedando atrás la idea de que solo los órganos del Estado violan derechos fundamentales. Son frecuentes los casos en los que hay violaciones de esos derechos que no encuentran garantías de remediación en las instancias jurisdiccionales ordinarias. En los órganos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos prevalece también el criterio de que las violaciones siempre proceden del poder público, y aunque van en aumento los ordenamientos que admiten que la justicia constitucional se ocupe de acciones contra particulares, no hay avances significativos en los sistemas no jurisdiccionales.⁴

La perspectiva antiestatista opaca la visibilidad de numerosos actos lesivos de derechos humanos cometidos por particulares, que no son materia de los tribunales civiles, penales o laborales. Este es un tema que no fue abordado por la reforma de 2011 ni ha sido estudiado con posterioridad, con el detenimiento y la profundidad que requiere, para diseñar las soluciones jurisdiccionales y no jurisdiccionales más adecuadas, según la magnitud de la afectación de los derechos.

Son frecuentes los actos en perjuicio de los derechos humanos por parte de asociaciones privadas, empresas, organizaciones profesionales y sindicatos, y también son muy sensibles los actos de acoso escolar, laboral y vecinal, todos los cuales generan tensión y afectan la autoestima y la tranquilidad de las víctimas. El Estado no debe actuar en términos que resulten intrusivos en la vida de los particulares, pero tampoco permanecer indiferente ante conductas de particulares que entorpezcan, disminuyan o lesionen los derechos fundamentales de terceros.

⁴ Véase Valadés, Diego, “La protección de los derechos humanos frente a los particulares”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Von Bogdandy, Armin y Morales Antoniazzi, Mariela, *La justicia constitucional y su internacionalización*, México, UNAM, Max-Planck-institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, pp. 681 y ss.

Es necesario y posible encontrar los medios adecuados para la garantía de esos derechos, como dispone el artículo 1o. constitucional.

Las experiencias de protección horizontal de los derechos humanos de Alemania (*Drittwirkung*), Argentina, Colombia, España y Portugal, y la tendencia en ese sentido que se observa en Japón, Reino Unido y Unión Europea, por ejemplo, indican que hay un movimiento en esa dirección. El desarrollo de los derechos humanos se caracteriza por ser un proceso incremental, en el cual la reforma de 2011 en México representa una etapa más, no una meta final.

XIII. COMISIONES DE DERECHOS HUMANOS

La reforma de 2011 incluyó algunos cambios relacionados con los organismos especializados en derechos humanos. Fueron ampliadas algunas de sus atribuciones, se reafirmó la autonomía de esas instituciones y se dio participación a la sociedad en la selección de los titulares. Ha habido propuestas para que esos organismos emitan resoluciones vinculantes, en lugar de recomendaciones. Se pasa por alto que ese tipo de atribuciones las convertiría en órganos jurisdiccionales, cuando se trata, por el contrario, de que actúen como medios de defensa no jurisdiccional de los derechos humanos, para darles mayor flexibilidad, con menores formalidades. Las vías jurisdiccionales existen y adicionar otra, privando a las personas de los instrumentos disponibles en la actualidad, sería regresivo. En cambio, las comisiones podrían avanzar en otra dirección, fungiendo como organismos que presten el servicio de asistencia legal a los justiciables. Una vez que las comisiones hubieran emitido una recomendación, y si esta no es atendida de manera satisfactoria, podrían auxiliar a los afectados para promover las acciones adecuadas ante los órganos jurisdiccionales correspondientes. De esta manera se alcanzarían varios objetivos: el trabajo realizado por los organismos se traduciría en la base para la acción; el justiciable contaría con una doble garantía para sus derechos, y ante el riesgo de hacer frente a una resolución judicial quien haya afectado derechos humanos estará más inclinado a enmendar el atropello. Una adición al artículo 105, en 2016, facultó a los organismos de derechos humanos para iniciar acciones de inconstitucionalidad. Es un paso preliminar en la dirección que propongo.

Una extensión de las facultades de esos organismos sería acorde con la obligación del Estado en el sentido de robustecer las garantías para los derechos humanos, sin que tenga un impacto sensible en cuanto al monto de los recursos que ya se invierten en esas instituciones y, en cambio, contribuiría a robustecer la cultura jurídica en el país. La adopción de instrumentos que faciliten el acceso a la justicia ha estado sujeta a diferimientos sistemáticos, en perjuicio de la positividad de los

derechos humanos. Un sistema de acceso a la justicia debe ser considerado como una garantía más de los derechos humanos.

XIV. EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS

Legislar sin medir sus efectos sobre la realidad puede convertirse en una acción simbólica. En los años setenta del siglo anterior Reino Unido adoptó indicadores para identificar los efectos ambientales, económicos y sociales y de su normativa. Esta decisión de mensurar el impacto normativo sobre la realidad ha ido incorporándose a la buena práctica legislativa en diversos países, de manera que es posible cuantificar los resultados de las decisiones legislativas y de las políticas que las acompañan.

Tomar decisiones legislativas sin una base informativa sólida que permita conocer las condiciones imperantes y los efectos cuantificables de su aplicación implica el riesgo de convertir los derechos en expresiones nominales. Cuando esto sucede, como ha sido el caso con diversos enunciados del capítulo primero de la Constitución, se acentúa el escepticismo acerca de las funciones de la norma suprema y se contradice su carácter normativo.

Los estudios de impacto normativo son esenciales para la rendición de cuentas. Esto explica que muchos gobiernos nacionales sean reacios a los instrumentos de medición, pues les harían correr el riesgo de contrastar su retórica con la realidad. La mayor parte de los países que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos han adoptado instrumentos para analizar el impacto normativo concernido con las reglas de comercio. Es una base a partir de la cual se puede extender la medición al impacto de los derechos humanos.

Un factor adicional consistiría en calibrar los efectos culturales de las normas. Esto es muy sensible con relación a derechos como la igualdad de género y la no discriminación, así como a la proscripción de la violencia contra mujeres, menores y personas mayores. La persistencia de índices muy elevados de actos adversos a los derechos humanos en esos grupos de población obliga a pensar en otras medidas adicionales a las coercitivas. Si se carece de indicadores confiables que permitan conocer la magnitud y las formas de ataque a las personas, tampoco será viable diseñar políticas adecuadas para modificar esa realidad. Por ejemplo, sería necesario establecer un Servicio Nacional de Supervisión Familiar, a cargo de personal especializado en trabajo social, para visitar a las familias entre cuyos miembros alguien lo solicite, a las que se considere en riesgo y a las que, conforme a una estimación muestral, convenga ver, a efecto de generar entre los miembros del núcleo familiar la convicción de que son atendidos y de que su bienestar interesa y preocupa a las autoridades. Por supuesto, habría que hacerlo conforme

a los procedimientos jurídicos y técnicos que al efecto se establecieran, para no perturbar a las personas ni a su entorno familiar, y mediante protocolos cuidadosos, para no generar efectos contraproducentes que expongan a mujeres, menores y personas mayores a las reacciones adversas por parte de los miembros varones de su entorno familiar. El objetivo sería mejorar la observancia de los derechos humanos de las personas más vulnerables.

XV. CONSIDERACIONES FINALES

Los derechos humanos plantean problemas complejos en cuanto a su eficacia, entendida como la obediencia a la norma, en la medida en que quienes los incumplen más son los agentes del Estado al que incumbe su aplicación coactiva. La plenitud de esos derechos solo se alcanza en Estados constitucionales con un diseño razonable de controles. Si no se produce esta premisa, tampoco funcionan órganos competentes para hacer que los titulares de otras ramas del propio Estado acaten las normas en vigor.

La organización estatal acorde con el constitucionalismo se estructura de manera tal que las tareas del poder se encuentren distribuidas y estén sujetas a controles intra e interorgánicos. Esta es la forma que ha demostrado garantías efectivas para los derechos humanos. En esencia, los controles intraorgánicos consisten en la colegialidad del gobierno, en el pluralismo del Parlamento y en la integración de judicatura basada en la capacidad, la probidad y el ejercicio independiente y autónomo de sus funciones. La colegialidad gubernamental tiene a su vez varios niveles. Unos corresponden a la distribución de facultades de los ministerios o secretarías de Estado, cuyos titulares se reúnen con periodicidad para discutir y aprobar los negocios de su competencia. Otros están ejercidos por agencias especializadas, reguladas por ley, que actúan de forma independiente con relación a las autoridades políticas, conforme a estándares estrictos de rigor profesional y autonomía técnica. Además, en todas las ramas del poder se tiene que contar con servicios de alta competencia profesional, basados en el mérito. En el orden interorgánico, los órganos del poder deben sujetarse a controles políticos, por parte del parlamento, y jurisdiccionales, por cuanto hace a la judicatura.

Suele considerarse que los órganos administrativos autónomos ejercen funciones de contrapeso al gobierno. Otro tanto se dice en cuanto a la relación entre judicatura y gobierno. Es posible sustentar esa tesis, si por contrapeso se entiende toda forma de control; empero, si se entiende que los contrapesos se ejercen entre los órganos políticos que tienen una misma fuente de legitimidad, tendremos que el contrapeso específico del gobierno es el Parlamento.

La eficacia de los derechos humanos depende de que ese conjunto de controles sea muy funcional. La variedad de controles es muy amplia y su complejidad debe manejarse con la mayor precisión posible, para no generar efectos contraproducentes de parálisis o de entorpecimiento.

En este estudio hice referencia a los numerosos incumplimientos de los derechos humanos o a las insuficiencias de sus garantías. La causa central de que así suceda está en los déficits que se presentan por la inclusión de derechos que el sistema institucional no está diseñado para soportar con éxito. Hay casos, como el de México, en que la ampliación del catálogo de derechos se hace con los objetivos políticos de complacer a los destinatarios de los derechos y para distraerlos con relación a otras demandas relacionadas con los estándares democráticos. La política de utilizar los derechos humanos como un distractor social ha sido aplicada con éxito relativo en muy distintos sistemas constitucionales. Se hace como parte de las estrategias conforme a las cuales las promesas aplacan las inconformidades y aplazan las presiones democratizadoras.

No todos los derechos humanos en México han sido otorgados con esa óptica de pragmatismo político, pero la ineficacia de muchos de ellos se explica, en buena medida, por la ausencia de recursos institucionales para hacerlos cumplir. En ocasiones se dice que el problema central es la insuficiencia de recursos para financiar las obligaciones de prestación con cargo al Estado. Esto puede ser cierto en algunos casos, pero la consecución de recursos es un asunto manejable, si la gestión del Estado se lleva a cabo de manera responsable y eficaz, y si se cuenta con la legitimidad institucional que permita explicar a los destinatarios de las prestaciones estatales las limitaciones económicas y financieras comprobables y comprensibles a las que todo Estado se encuentra expuesto.

La eficacia de los derechos humanos y su extensión en los términos que se proponen en este estudio dependen de que el Estado constitucional mexicano se desarrolle y consolide. Esa eficacia no está asociada al voluntarismo ni al talante de los gobernantes circunstanciales, sino de la solidez de las instituciones.⁵

⁵ Para conocer la visión internacional de la situación de los derechos humanos en México a diez años de la reforma constitucional, pueden consultarse los reportes de la organización Humans Rights Watch, *World Report 2011/Informe Mundial 2011*, en los que se puede advertir que a diez años de distancia la situación del país es coincidente en cuanto a la presencia militar actuando en tareas de seguridad, propias de las corporaciones de policía, con sus efectos negativos en cuanto a violación de derechos humanos. A pesar de la experiencia, esa decisión no varió e incluso se acentuó, al involucrar a las fuerzas armadas en las aduanas y el control migratorio, y en la operación de programas sociales y de grandes proyectos de infraestructura. En materia de justicia criminal, de protección a los migrantes y de derechos de las mujeres, se observaron rezagos análogos en la década, y en cuanto a periodistas asesinados y ataques a los promotores de derechos humanos, la situación reportada en 2011 empeoró y, en 2021, se consideró como

XVI. BIBLIOGRAFÍA

- BANCO DE MÉXICO, Sistema de Información Económica, “Ingresos por Remesas”. <https://www.banxico.org.mx/SieInternet/consultarDirectorioInternetAction.do?accion=consultarCuadro&idCuadro=CE81§or=1&locale=es>
- GRIJELMO, Álex, *Propuesta de acuerdo sobre el lenguaje inclusivo*, México, Taurus, 2021.
- HUMANS RIGHTS WATCH, *World Report 2011 | Informe Mundial 2011*. <https://www.hrw.org/world-report/2011>; <https://www.hrw.org/es/world-report/2021>
- NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- U.S. DEPARTMENT OF STATE, “2020 Country Reports on Human Rights Practices”, 30 de marzo de 2021. <https://www.state.gov/reports/2020-country-reports-on-human-rights-practices/>
- VALADÉS, Diego, “La protección de los derechos humanos frente a los particulares”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, VON BOGDANDY, Armin y MORALES ANTONIAZZI, Mariela, *La justicia constitucional y su internacionalización*, México, UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, pp. 681 y ss.

una de las peores del mundo. El desempeño de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos era bien valorado en 2011, en contraste con 2021. También se reconoció la promoción de un nuevo esquema jurídico para los derechos humanos y se observó un retroceso en los derechos de grupos vulnerables y en materia del derecho a la protección de la salud (9 y 10). En suma, mucho de lo negativo persistió, y bastante de lo positivo se perdió a lo largo de la década, conforme a este reporte. También pueden consultarse los reportes del Departamento de Estado de Estados Unidos (U.S. Department of State, “2020 Country Reports on Human Rights Practices”, 30 de marzo de 2021). En lo que atañe a las fuerzas de seguridad, en general, las observaciones formuladas en 2011 y 2021 coinciden: arbitrariedad e impunidad. En ambas fechas se registra una alta incidencia de desapariciones forzadas, que en 2011 se atribuyen a las fuerzas del orden y en 2021 al crimen organizado, sin descartar la colusión de aquellas fuerzas con el crimen. La tortura se mantiene como una práctica frecuente y las condiciones de los centros de reclusión son negativas por igual. En materia de quejas por detención ilegal presentadas ante la Comisión Nacional hubo una disminución significativa entre 2011 y 2021. En materia jurisdiccional, federal y del fuero común, en 2011 se señalaban actos de influencia por parte de miembros de los sectores público y privado, en tanto que en 2021 se agregó la presión de organizaciones criminales transnacionales. Los delitos en contra de periodistas mantienen su intensidad, pero en el reporte de 2021 se añade que los altos niveles delictivos en su contra, más la impunidad que acompaña a estos delitos, están produciendo un efecto adverso en la libertad de expresión, pues se tiende a la autocensura, para evitar represalias. Los graves problemas humanitarios en perjuicio de migrantes, de personas en situación de desventaja y de menores son considerados de manera semejante en ambos reportes, además de que en 2021 se advierte un marcado deterioro en cuanto a la seguridad de las mujeres.

2.

GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS

LAS REFORMAS DEL 2011

Y LOS AVANCES EN MATERIA DE GÉNERO EN SEDE JUDICIAL

Leticia Bonifaz Alonso*

RESUMEN

Las reformas constitucionales de 2011 en materia de derechos humanos y amparo constituyen un parteaguas para los derechos, particularmente en los temas de género. Para analizar el desarrollo y evolución de criterios judiciales y jurisprudenciales en materia de género, atendiendo a la reforma de 2011, se hace un recorrido histórico con el fin de exponer el avance a nivel legislativo de los derechos de las mujeres en el ámbito internacional y, específicamente, en México. Luego, a la luz de estos avances, se aborda el principio de igualdad y no discriminación, el control de convencionalidad, la evolución transversal de la perspectiva de género y la interseccionalidad, y se describen los criterios dictados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de género a partir de la metodología desarrollada para juzgar con perspectiva de género. Posteriormente, se revisan sentencias relevantes en materia de género y familia, para identificar cómo se ha incluido la perspectiva de género en estos casos. En la última parte, se presenta una reflexión acerca de las dificultades para conseguir un tipo de sociedad más igualitaria y, en el caso mexicano, los retos jurisdiccionales para lograrlo.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos y las de la Ley de Amparo constituyen, sin duda, un parteaguas para los derechos en general,

* Doctora en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Ha sido directora general de Estudios, Promoción y Desarrollo de los Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, directora de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia en Economía y asesora legal del Gobierno del Distrito Federal (Ciudad de México), entre otros cargos. Actualmente se desempeña como experta del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Cedaw) de la ONU. lebonifaz@me.com

pero particularmente en los temas de género. Los derechos humanos de las mujeres tuvieron un desarrollo posterior a los derechos del hombre, porque varios de derechos, que aparentemente se otorgaban para todas las personas, tuvieron para la mujer restricciones, diferenciaciones no justificadas y limitaciones que quedaron reflejadas en las primeras declaraciones y cartas de derechos.

La lucha por la igualdad en la época moderna comenzó a finales del siglo XVIII con Mairie Gouze (Olympe de Gouges), quien en 1791 escribió la Declaración de los Derechos de la Mujer, y con Mary Wollstonecraft y su *Vindication of the rights of woman*, publicada en 1792 como respuesta a la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789.¹ Todo el siglo XIX se caracterizó por la lucha de los derechos de las mujeres. Derechos políticos como el del sufragio y derechos laborales fueron conquistas de las mujeres en Europa, Oceanía y en Estados Unidos. En México, en el Congreso Feminista de enero de 1916 en Yucatán se abordaron cinco derechos: el derecho a la igualdad, al sufragio, al trabajo, a la educación y a la salud.

Ni la Constitución mexicana de 1917 ni sus predecesoras hicieron diferenciación alguna entre derechos de hombres y mujeres, pero, en el caso del sufragio, se interpretó que donde decía “mexicanos” debía entenderse que la norma iba dirigida solo a los hombres, porque históricamente las mujeres no votaban. También existió otra discriminación expresa en el caso de la nacionalidad de la mujer. Una mujer mexicana perdía la nacionalidad al casarse con un extranjero. Asimismo, una mujer mexicana no podía otorgarle la nacionalidad a un extranjero. Esto sucedía en la mayoría de los países del mundo. El derecho constitucional y el derecho internacional avanzaron antes que el derecho civil y familiar. Lo público avanzó antes que lo privado. El Código Civil y los Códigos de familia reprodujeron durante casi tres cuartos del siglo XX estereotipos y roles del sistema patriarcal. A pesar de que habíamos comenzado bien el siglo con la Ley de Relaciones Familiares, de Carranza, la herencia del Código napoleónico siguió vigente varias décadas más.

A nivel mundial, después de la Primera Guerra en los encuentros internacionales se comenzaron a abordar los temas de género. Los primeros fueron el de las mujeres en el trabajo, el grave problema de lo que se conocía como “trata de blancas” y el de la nacionalidad de la mujer. Después de la Segunda Guerra, la aportación de tres mujeres latinoamericanas: Amalia de Castillo Ledón, Berta Lutz y Minerva Bernardino fue pieza clave para que en el nacimiento de la Organización

¹ Cfr. Offen, Karen, *Feminismos Europeos. 1700-1950*, trad. Pedro Piedras Monroy, Madrid, Akal, 2020.

de las Naciones Unidas se dejara de hablar de derechos del hombre y se acuñara el término de derechos humanos. El crédito se lo llevó Eleanor Roosevelt, pero está documentado el trabajo de las mujeres latinas durante los procesos de deliberación.²

Como punto de quiebre en el avance de los derechos de las mujeres estuvo la Conferencia Internacional que se celebró en México en 1975, Año Internacional de la Mujer, donde todos los países del mundo se obligaron a revisar sus legislaciones para erradicar todas las formas de discriminación hacia las mujeres. Cuatro años después, se firmaba la convención que conocemos como Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women - Cedaw). México se había adelantado con una reforma de diciembre de 1974 que adicionó un párrafo al artículo 4o. constitucional para que quedara expresamente señalada la igualdad del hombre y la mujer ante la ley. El problema es que no hubo garantías para la igualdad sustantiva. A partir de 1975, los avances a nivel legislativo fueron muchos, pero no se vieron acompañados en sede judicial, como ahora con la reforma integral en materia de derechos humanos del 2011.

II. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2011

Tuvo que venir un cambio con la magnitud del de 2011 para que terminaran de alinearse todas las acciones de los entes públicos al establecerse en el artículo 1o. constitucional que “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad interdependencia indivisibilidad y progresividad”. Esto se complementa con el párrafo del mismo artículo 1o. que señala: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

El avance en el ejercicio real de los derechos humanos había quedado prácticamente orientado hacia las acciones que se tomaran desde el Ejecutivo y que se traducían en políticas públicas, pero muchos derechos no se ejercían, por falta de garantías de carácter económico, político, social o jurídico. Dentro de las de

² Cfr. Adami, Rebecca, *Women and the universal declaration of human rights*, Nueva York, Routledge, 2019.

carácter jurídico está el derecho que garantiza el ejercicio de otros derechos: el del acceso a la justicia.

Hoy en día, podemos decir que, aunque no hemos alcanzado la total igualdad, sí hay avances significativos en el ejercicio puntual del derecho a la igualdad y no discriminación derivados de los avances en sede judicial a partir de criterios y resoluciones que han impactado directamente la vida de las personas y, particularmente, de las mujeres.

Para analizar el desarrollo y evolución de criterios judiciales y jurisprudenciales en materia de género a la luz de la reforma de 2011, existen conceptos clave que no podemos perder de vista: el principio de igualdad y no discriminación; el control de convencionalidad; la evolución transversal de la perspectiva de género y la interseccionalidad. En diversas sentencias se ha hecho referencia al principio de igualdad y no discriminación. En casos concretos se han evidenciado las desigualdades: dónde están, en qué consisten y por qué existe un trato diferenciado, no justificado, en los hechos o en el derecho. Los jueces han contribuido a través de sus sentencias a transformar la realidad a partir de su labor interpretativa con perspectiva de género.

Respecto del control de convencionalidad, aunque el artículo 133 constitucional ya hablaba de la obligatoriedad de los tratados internacionales y de cómo se convertían en ley suprema de la unión, fue a partir de la reforma de 2011 cuando los tratados comenzaron a ser referente constante en sentencias y resoluciones. En los temas de discriminación contra la mujer tenemos como punto de guía, por supuesto, a la Cedaw³ y la Convención de Belem do Pará⁴ para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. Ambas convenciones se venían aplicando antes del 2011, pero cobraron mayor fuerza al ser consideradas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como parte del bloque de constitucionalidad.

La transversalidad de la perspectiva de género empezó también a ser evidente, porque, en todas las materias, comenzaron a hacerse visibles las desigualdades estructurales y la manera como tendrían que irse compensando con acciones judiciales para lograr el equilibrio. Por último, la interseccionalidad también es muy relevante y está relacionada con derechos que pueden potenciarse, por ejemplo, por la pertenencia a un grupo indígena, por la edad, por alguna discapacidad, por la condición de migrante, edad, orientación sexual o identidad de género, etcétera.

³ Adoptada de forma unánime en la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979.

⁴ Suscrita en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 9 de junio de 1994.

III. LA METODOLOGÍA PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Los criterios dictados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de género se pueden abordar a partir de la metodología desarrollada para juzgar con perspectiva de género y la aplicación de esa perspectiva en casos y materias concretas. Cabe aclarar que, además de la reforma de 2011, las obligaciones derivadas de la sentencia conocida como *González y Otras* (“Campo Algodonero”)⁵ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) propiciaron la elaboración de protocolos y la capacitación constante y continua de jueces y magistrados. Esta capacitación se ha visto reflejada en innumerables sentencias. Algunas de ellas van a ser analizadas en este ensayo. La metodología para juzgar con perspectiva de género comenzó a desarrollarse a partir de 2013, sin referencia nacional alguna, más que el Protocolo de Actuación del mismo tribunal, que a su vez hacía referencia a la *Cedaw* y a criterios de la Corte IDH.

En temas de género, la Suprema Corte ha establecido criterios en materia familiar; respecto a los derechos sexuales y reproductivos; reglas sobre paridad electoral y criterios en materia laboral y penal. En este ensayo, vamos a referirnos preponderantemente a la materia familiar, porque queremos enfocarnos más en la esfera de lo privado por haber sido la menos visible y ser muy relevante para la plena igualdad. Se ha hablado mucho de la participación de las mujeres en la esfera pública, pero poco de lo infravalorado que ha estado su trabajo y responsabilidades en el ámbito doméstico. El equilibrio entre lo público y lo privado es clave para la igualdad. Las sentencias que vamos a referir a continuación han sido vitales para el avance que se ha dado en los últimos años en abono a la igualdad.

La guía para juzgar con perspectiva de género la da la tesis 1a./J. 22/2016 (10a.) de la Corte Suprema,⁶ jurisprudencia que derivó de los Amparos Directos en Revisión 2655/2013, de 6 de noviembre; ADR 1125/2014, de 8 de abril; ADR 4909/2014, de 20 de mayo; ADR 2586/2014, de 10 de junio; y ADR 1340/2015, de 7 de octubre, y que fue publicada bajo el rubro “Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género”. La jurisprudencia señala:

Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, deriva que todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con base en una perspectiva de género, para lo cual, debe implementarse un método en toda

⁵ Corte IDH, *Caso González y otras* (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, No. 205.

⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Primera Sala, Tesis 1a./J. 22/2016 (10a.), “Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, t. II, abril de 2016, p. 836, Registro 2011430.

controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria. Para ello, el juzgador debe tomar en cuenta lo siguiente: i) identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; iv) de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo con el contexto de desigualdad por condiciones de género; v) para ello, debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y, vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género.⁷

A pesar de la claridad de la jurisprudencia, los cursos de formación y los talleres en materia de género han sido indispensables, pues no siempre hay conciencia de las desigualdades estructurales, justo porque han estado “normalizadas” durante todos los años que ha prevalecido el modelo patriarcal como esquema de organización social. Lo más difícil es identificar los propios prejuicios para que no impacten en la tarea de juzgar. Quien juzga, hombre o mujer, puede traer preconcepciones y prejuicios que tengan repercusiones en el trabajo cotidiano.

IV. SENTENCIAS RELEVANTES EN MATERIA DE GÉNERO

En el Amparo Directo en Revisión 4811/2015,⁸ la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que se reconoce la necesidad de cerrar la brecha existente entre hombres y mujeres en el acceso real o efectivo a las oportunidades que se proyectan centralmente sobre su posibilidad de diseñar y hacer realidad su proyecto de vida y que las consecuencias reales del sistema meritocrático por el que se integran órganos de los poderes judiciales locales y federal podrían ser objeto de un cuestionamiento cuando no logran la inclusión *estadísticamente proporcional* de las mujeres, lo cual daría lugar a una auténtica interrogante en

⁷ *Idem.*

⁸ Cfr. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4811/2015, ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, secretarios: Arturo Guerrero Zazueta y Ana María Ibarra Olguín.

torno a si el sistema en comento tiene o no consecuencias discriminatorias, al afectar la igualdad de hombres y mujeres en el acceso a ciertas oportunidades laborales o profesionales. Sin embargo, ello carece de impacto, desde el punto de vista de la obligación de juzgar con perspectiva de género, en perjuicio de las personas justiciables.

La Sala precisa que el sexo de las personas que integran un órgano jurisdiccional no impacta la calidad de una sentencia, los argumentos que la conforman, ni la ideología que pudiera justificar estas. Ello se debe a que las mujeres no pueden entenderse como un grupo homogéneo desde una perspectiva formativa o ideológica, pues el sexo de las personas no garantiza que guarden cierta postura al resolver casos que involucren, por ejemplo, cuestiones familiares como la guarda y custodia, el divorcio o la fijación de una pensión alimentaria o compensatoria. De hecho, continúa la Sala, sostener que existe un pensamiento o razonamiento femenino contribuiría a fortalecer los modelos de conducta y estructuras de pensamiento estereotipadas que se busca erradicar con la doctrina sobre la obligación de juzgar con perspectiva de género. La Sala concluye lo siguiente:

... la obligación de las y los operadores de justicia de juzgar con perspectiva de género puede resumirse en su deber de impartir justicia sobre la base del reconocimiento de la particular situación de desventaja en la cual históricamente se han encontrado las mujeres –pero que no se encuentra necesariamente presente en cada caso– como consecuencia de la construcción que socioculturalmente se ha desarrollado en torno a la posición y al rol que debieran asumir, como un corolario inevitable de su sexo. La importancia de este reconocimiento estriba en que de él surgirá la posibilidad de que quienes tengan encomendada la función de impartición de justicia, puedan identificar las discriminaciones que de derecho o de hecho pueden sufrir las mujeres, ya sea directa o indirectamente, con motivo de la aplicación del marco normativo e institucional mexicano y se reitera que la obligación de juzgar con perspectiva de género comprende una metodología cuya implementación garantiza que la aproximación de las y los juzgadores a los casos sometidos a su conocimiento, se realice teniendo en cuenta posibles efectos discriminatorios del marco normativo e institucional en perjuicio de alguna de las partes.

La conclusión es clave:

... la importancia de la perspectiva de género como categoría analítica radica en su valor como herramienta indispensable para el desarrollo de la función jurisdiccional en la tutela de los derechos a la igualdad, no discriminación y acceso a la jurisdicción, centrando el énfasis en cómo se resuelve y en la calidad de lo resuelto, y minimizando el impacto de la persona o personas quienes resuelvan.

El Amparo Directo en Revisión 912/2014 también es muy relevante, porque planteó que la perspectiva de género no solo es aplicable en casos que involucren

mujeres, sino que se debe utilizar en asuntos donde se perciban relaciones asimétricas, prejuicios y estereotipos, sin importar el género de las personas involucradas. Se rompe así el mito de que siempre se busca beneficiar a la mujer.⁹

V. Sentencias relevantes en materia familiar

El derecho familiar durante siglos no tuvo cambios sustantivos. En temas de igualdad, fue después de la reforma constitucional de 1974 cuando se desencadenaron reformas que buscaron revisar lo que formalmente implicaba la discriminación y un trato diferenciado *no justificado* hacia las mujeres. En algunos casos, al no considerar la realidad de entonces, algunos cambios resultaron perjudiciales para ellas. No se consideró que había una gran desigualdad, por ejemplo, en la doble jornada de trabajo, porque no se había valorado el rol de la mujer en las tareas de cuidado y el trabajo doméstico no remunerado. Tampoco el feminismo, a nivel teórico y práctico, había terminado de permear en el entorno. La modificación de los roles ancestrales ha sido un proceso paulatino y, en el siglo XXI, las condiciones habían comenzado a variar. Entonces, a partir de las reformas de 2011, se modificaron muchos criterios en materia de alimentos, guarda y custodia, compensación por trabajos realizados en el hogar, etcétera, que hacen visible y valoran lo que antes no se veía y valoraba.

En relación con las aptitudes de cuidado y guarda y custodia de las y los menores, a partir del Amparo Directo en Revisión 1573/2011¹⁰ se fijó un importante criterio, ya que la Primera Sala de la SCJN estableció que determinar la guarda y custodia de un menor basándose en una visión preconcebida, según la cual la mujer goza de una mayor aptitud para cuidar a los hijos, establecía una clara división de los roles atribuidos al hombre y a la mujer. En este sentido, la guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes no deben estar basadas en prejuicios de género. Respecto del reconocimiento de paternidad y alimentos, en el ADR 2293/2013¹¹ se estableció que la obligación de otorgar alimentos inicia desde el momento de nacimiento del menor y no a partir del reconocimiento de paternidad. Por su parte, en el ADR 1594/2016¹² se analizó la inconstitucionalidad del artículo 341 del Código Civil del Estado de Guanajuato, en virtud de que no se

⁹ Cfr. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 912/2014, ponente: José Ramón Cossío Díaz, secretaria adjunta: Luz Helena Orozco y Villa.

¹⁰ Cfr. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1573/2011, ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, secretario: Javier Mijangos y González.

¹¹ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2293/2013, ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, secretaria: María Dolores Igareda Díez de Solano.

¹² SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1594/2016, ponente: Norma Lucía Piña Hernández, secretaria: Natalia Reyes Heroles Scharrer, colaboró: María José Macías Pérez.

puede realizar una diferenciación en el pago de pensión alimentaria por razones de género. El artículo 341 señala:

... los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a la mayor edad, o después de ésta si se encuentran imposibilitados para trabajar y carecen de bienes propios suficientes, y de las hijas aunque sean mayores de edad, hasta que contraigan matrimonio, siempre que vivan honestamente.

En el recurso de revisión, se resolvió que el precepto impugnado violentaba el derecho de igualdad “al supeditar la temporalidad en el pago de alimentos a un acto que depende únicamente de la voluntad del acreedor alimentario, es decir, el límite de tiempo depende de si la hija contrae matrimonio o no”.¹³ De la misma manera, se estableció que los preceptos del artículo contravienen la Ley General del Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, ya que fomenta los estereotipos sexo-genéricos. Por tanto, se determinó que el derecho a recibir alimentos no se puede diferenciar por razón de sexo, género o estado civil.

El Código Civil de Guanajuato se quedó rezagado de los ajustes que debieron hacerse desde 1975. En estos casos es indispensable que se realice la revisión de todas las leyes locales para evitar que, por la vía del amparo, una por una, las personas afectadas por la norma que contiene una discriminación busquen anularla.

Cuando se resolvió la Contradicción de Tesis CT 416/2012¹⁴ se generó un nuevo criterio respecto de la doble jornada y el trabajo doméstico no remunerado. La contradicción se dio entre los Amparos Directos 900/2009 y 381/2012. El punto era si la mujer está obligada a demostrar que necesita recibir alimentos o es al hombre a quien le corresponde desvirtuarla. Esto porque hay una obligación de carácter general que no hace distinción por razón de género, pero algunos códigos estatales establecen la presunción de que la mujer no tiene que demostrar que necesita recibir alimentos, esto es, hay una presunción legal a favor de ella. Esto deriva de que, generalmente, el hombre ha sido el proveedor y la mujer se ha dedicado al trabajo en el hogar y no siempre ha generado medios propios de subsistencia.

El Amparo Directo en Revisión 4909/2014¹⁵ habla de la compensación después del divorcio valorando el trabajo doméstico. Tradicionalmente, después de

¹³ *Idem.*

¹⁴ SCJN, Pleno, Contradicción de Tesis 416/2012, ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

¹⁵ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4909/2014, ponente: José Ramón Cossío Díaz, secretaria: Luz Helena Orozco y Villa.

un divorcio, a la mujer no le contaba el tiempo dedicado al trabajo en el hogar. La fracción VI del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal estableció una compensación consistente en el 50% de los bienes adquiridos durante el matrimonio. En primera instancia y en apelación, se le había asignado el 35% respecto del total del valor de los bienes adquiridos por el demandado, pero, inconforme con la resolución, la actora promovió un amparo en el que argumentaba que había una clara violación a su esfera jurídica, ya que, después de veintitrés años de matrimonio con el demandado y tras haberse dedicado a las labores del hogar, era inequitativo que no recibiera la compensación del 50%. La quejosa argumentó que, “de conformidad con la obligación de impartir justicia con base en una perspectiva de género, el juez debe juzgar considerando las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género, discriminan e impiden la igualdad”. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estimó que, para calcular la pensión compensatoria para el trabajo doméstico, deben tenerse en cuenta las muy diversas modalidades, condiciones y circunstancias en las que se presta, pues es lo que eventualmente permitirá al juez establecer el monto de la compensación. Entonces dijo que “debe tomarse en consideración que la dedicación al hogar y al cuidado de los dependientes puede traducirse en una multiplicidad de actividades no excluyentes entre sí, y que deben valorarse en lo individual”.

En el Amparo Directo en Revisión 269/2014¹⁶ una mujer “solicitó la fijación y pago de alimentos provisionales a cargo de su marido, pues afirmó que se había negado a cubrir ciertas necesidades básicas tanto de ella como de sus hijos menores de edad”. Un tribunal de primera instancia le dio la razón, pero, inconforme con dicha resolución, el demandado promovió un Amparo Directo argumentando que “un derecho alimentario exclusivo para la mujer viola el derecho fundamental a la igualdad contenido en el artículo 4, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer un trato discriminatorio entre hombres y mujeres”.

La Primera Sala de la SCJN advirtió que la pensión compensatoria fue originalmente concebida por el legislador como un medio de protección a la mujer, la cual tradicionalmente no realizaba actividades remuneradas. “La pensión compensatoria encuentra su razón de ser en un deber asistencial derivado del desequilibrio económico que suele presentarse entre los cónyuges al momento de disolverse el vínculo matrimonial”. El presupuesto básico para que surja la obligación de pagar una pensión compensatoria consiste en que, derivado de las

¹⁶ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 269/2014, ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, secretario: Javier Mijangos y González.

circunstancias particulares de cada caso concreto, la disolución del vínculo matrimonial coloca a uno de los cónyuges en una situación de desventaja económica que en última instancia incide en su capacidad para hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades. Por lo anterior la pensión compensatoria no es un beneficio exclusivo de las mujeres, sino de quien se haya dedicado a realizar las labores domésticas en el matrimonio.

En el caso del Amparo Directo en Revisión 4883/2017,¹⁷ el cónyuge demandó la disolución del vínculo matrimonial sin causa. Se declaró procedente el divorcio, pero, al no llegar a un acuerdo respecto del convenio de compensación, se dejaron a salvo los derechos de las partes para que los hicieran valer por vía incidental. De esta manera, la mujer promovió incidente de pago de compensación y demandó el pago del 50% del valor comercial de dos bienes inmuebles. Apoyó su pretensión en que se dedicó durante la vigencia de su matrimonio (40 años) preponderantemente al trabajo del hogar y al cuidado de sus tres hijas. La juez de primera instancia dictó sentencia en la que determinó que no era procedente la compensación reclamada. Sin embargo, la Primera Sala de la SCJN determinó que, “para evaluar el supuesto de acceso a la compensación, no es determinante que el cónyuge solicitante se dedicara exclusivamente a las labores domésticas, pues existen una multiplicidad de actividades que son el parámetro para graduar la ejecución material y el tiempo dedicado a las labores familiares”. En esa misma línea, sostuvo que la llamada “doble jornada” consiste, precisamente, “en el reconocimiento de que algunas mujeres además de tener un empleo o profesión también realizan actividades laborales dentro del hogar, y de cuidado de los hijos. Normalmente, este trabajo doméstico no es remunerado y representa un costo de oportunidad para las mujeres”.

Otro caso relevante es el del Amparo en Revisión 910/2016¹⁸ referido a una pareja que celebró un convenio de divorcio ante autoridad judicial acordando que la guarda y custodia de su hija quedaría a cargo la madre y, asimismo, un régimen de visitas y convivencias entre la niña y su padre. El padre de la menor demandó en la vía ordinaria civil la suspensión de la patria potestad, así como el régimen de visitas y convivencias. La jueza de lo familiar determinó que era el padre quien debía continuar los cuidados y atenciones de la niña; sin embargo, mediante resolución interlocutoria, se revocó dicho auto, regresando la patria potestad a la madre. El padre interpuso varios recursos argumentando que la madre no cumplía

¹⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4883/2017, ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

¹⁸ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 910/2016, ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, secretaria: María Dolores Igareda Díez de Sollano.

con su obligación de crianza. La Sala consideró que la sentencia reclamada carecía de perspectiva de género en la valoración y enjuiciamiento de los hechos, ya que los sucesos manifestados por el padre eran aislados y ocasionales y, para analizar la obligación de crianza, se debe tener en cuenta la “doble jornada” y considerar la labor profesional de las mujeres, así como las labores de cuidado y crianza de los menores.

El caso planteado en el Amparo Directo en Revisión 7470/2017¹⁹ se refiere a la demanda de una mujer a su concubino respecto de una compensación de hasta el 50% de los bienes adquiridos durante la vigencia del concubinato, con el argumento central de haberse dedicado a las labores domésticas y de cuidado de los hijos.²⁰ En primera instancia, la juez resolvió absolver al demandado de las prestaciones reclamadas. Inconforme, la actora interpuso recurso de apelación y el Tribunal Colegiado confirmó la sentencia recurrida aduciendo que “por el hecho de tener la quejosa el carácter de socia y accionista en diversas personas morales, ello presumía una inversión de tiempo considerable que le impedía dedicarse cotidianamente a las labores del hogar y de cuidado de sus cuatro hijos”.²¹ La Primera Sala consideró que

... el elemento de cotidianidad que exige el artículo 4.46 del Código Civil para el Estado de México no puede ser leído como un requerimiento de prioridad o prevalencia del trabajo del hogar sobre otras actividades, sino únicamente como una exigencia de que esas cargas domésticas y de cuidado se asuman de forma habitual o frecuente, en mayor medida que la pareja. Ese debe ser el tamiz a partir del cual se analice la institución de la compensación, a fin de evitar razonamientos estereotípicos y contrarios al derecho a la igualdad.

Se revocó entonces la sentencia recurrida a fin de que el Tribunal Colegiado emitiera una nueva con un nuevo estándar. Ello implicaba –se dijo– evitar la invisibilización del trabajo doméstico. “De este modo, la premisa fundamental de la que debe partirse es que, en toda dinámica familiar, alguien se dedicó a realizar las labores domésticas y de cuidado [y que] son muy diversas las condiciones y circunstancias en las que se puede realizar el trabajo doméstico”.²² Textualmente se dijo:

¹⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 7470/2017, ponente: José Ramón Cossío Díaz, secretaria: Luz Helena Orozco y Villa.

²⁰ En el Amparo Directo en Revisión 4355/2015 se exploró por primera vez la posibilidad de que el mecanismo compensatorio operara también en beneficio de las personas que llevaran a término su relación de concubinato. *Cfr.* SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4355/2015, ponente: Norma Lucía Piña Hernández, secretario: Omar Sanabria Contreras.

²¹ SCJN, ADR 7470/2017, *cit.*

²² *Idem.*

La Primera Sala de la SCJN ha sido enfática en señalar que el resarcimiento del costo de oportunidad de haber asumido las cargas domésticas y de cuidado no puede estar supeditado a que la dedicación al hogar sea exclusiva ni tampoco prioritaria. Por tanto, para fijar la pensión compensatoria, no importa si la persona que desempeñó las labores del hogar tenía o no un trabajo remunerado, sino que dichas cargas se hayan asumido en forma habitual.

El Amparo Directo en Revisión 4909/2014,²³ que dio pie a la jurisprudencia citada al inicio de este ensayo, estableció, claramente, que

... la dedicación al hogar y al cuidado de los dependientes puede traducirse en una multiplicidad de actividades no excluyentes entre sí y tienen que ser valoradas por el juzgador y pueden clasificarse de la siguiente manera: 1) Ejecución material de tareas al interior del hogar [...]; 2) Ejecución material de tareas fuera del hogar pero vinculadas a la organización de la casa y la obtención de bienes y servicios para la familia. [...] 3) Realización de funciones de dirección y gestión de la economía del hogar. [...] 4) Crianza y educación de los hijos, así como cuidado y acompañamiento de dependientes.

En los temas de familia ya se estabilizó un criterio de interpretación que ha resultado de mucha utilidad, porque pasa a la normalidad valorar lo que antes no era valorado y a traducirlo en clave de derechos.

Un equilibrio en el espacio privado propicia que exista también un equilibrio en el espacio público, donde, sobre todo para las mujeres, ha sido común la doble jornada, que fue definida por la Corte como “el reconocimiento de que algunas personas además de tener un empleo o profesión realicen actividades laborales dentro del hogar y de cuidado de dependientes”. En el Precedente 1754/2015²⁴ se ofrecieron estadísticas que muestran cómo el tiempo dedicado al hogar por parte de las mujeres es mucho mayor respecto al tiempo que dedican los hombres y se explicó que esa sobrecarga limita el tiempo disponible de las mujeres para el desarrollo de actividades que generen ingresos y afecta negativamente su posibilidad de acceder a empleos de calidad. Asumiendo entonces una perspectiva de género, la Primera Sala dejó claro que la doble jornada no puede constituir un obstáculo al momento de solicitar la compensación de la masa patrimonial por la dedicación al trabajo del hogar. Es decir, el hecho de que una persona haya tenido un empleo o haya adquirido bienes propios no subsana el costo de asumir las cargas domésticas y de cuidado.²⁵

²³ SCJN, ADR 4909/2014, *cit.*

²⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1754/2015, ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, secretaria: Ana María Ibarra Olguín, secretaria Auxiliar: Geraldina González de la Vega Hernández.

²⁵ SCJN, ADR 4883/2017, *cit.*

VI. ¿DÓNDE ESTAMOS Y QUÉ FALTA?

Por supuesto que sigue faltando mayor difusión de los derechos humanos en todos los ámbitos y, particularmente respecto de los derechos de las mujeres, las políticas públicas instrumentadas por el Poder Ejecutivo deben tener siempre presente el principio de progresividad. Además, es indispensable seguir viendo la interseccionalidad, porque, así como no existe todavía plena igualdad entre mujeres y hombres, también se mantienen desigualdades entre las mujeres del campo, las que viven en comunidades indígenas o que han migrado; las niñas y adolescentes; las personas mayores; las mujeres lesbianas o trans; las que tienen alguna discapacidad; las migrantes, etc.

Sigue faltando también comprender y aceptar que las desigualdades por razón de género son estructurales, que llevan siglos incrustadas como parte del modelo patriarcal y que desmontar sus estructuras lleva y seguirá llevando tiempo, pero no hay marcha atrás. De ahí la importancia de la progresividad. En el caso de México tiene impacto en el avance de los derechos nuestro sistema federal, y no es que pensemos que una forma de gobierno centralista sería mejor, sino que, en temas de derechos humanos y derechos de las mujeres no podemos admitir que algunos derechos se otorguen en una entidad federativa y se nieguen en otra, o se pongan obstáculos para el ejercicio. Como ejemplo estarían los derechos sexuales y reproductivos y el matrimonio igualitario.

En el ámbito jurisdiccional hay diferencias muy importantes entre el nivel, formación y preparación de los jueces locales respecto de los federales. Por eso es tan frecuente que por la vía del amparo se corrijan decisiones locales que todavía muestran resabios y resistencias. Lo ideal va a ser que algún día todos los derechos se ejerzan sin tener que estar recurriendo a la figura del amparo, que hasta ahora ha sido un gran recurso para potenciar los derechos. Asimismo, todavía falta que muchas mujeres en situación de vulnerabilidad tengan también garantizado el acceso a la justicia. Muchos jueces, magistrados y ministros han asumido conscientemente su papel transformador de la realidad, pero, aunque el avance en sede judicial ha sido constante, lo más importante es que se termine de desmontar el modelo patriarcal, que legitima en los hechos la discriminación y la desigualdad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ADAMI, Rebecca, *Women and the universal declaration of human rights*, Nueva York, Routledge, 2019.
- OFFEN, Karen, *Feminismos Europeos. 1700-1950*, trad. Pedro Piedras Monroy, Madrid, Akal, 2020.

Jurisprudencia

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, No. 205.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CSJN), Amparo Directo en Revisión 2655/2013, 6 de noviembre de 2013, ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, secretaria: Cecilia Armengol Alonso.
- CSJN, Amparo Directo en Revisión, 1125/2014, 8 de abril de 2015, ponente: José Ramón Cossío Díaz, secretaria: Luz Helena Orozco y Villa.
- CSJN, Amparo Directo en Revisión 4909/2014, 20 de mayo de 2015, ponente: José Ramón Cossío Díaz, secretaria: Luz Helena Orozco y Villa.
- CSJN, Amparo Directo en Revisión 2586/2014, 10 de junio de 2015, ponente: José Ramón Cossío Díaz, secretario: Gabino González Santos.
- CSJN, Amparo Directo en Revisión 1340/2015, 7 de octubre de 2015, ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa.
- CSJN, Primera Sala, Tesis 1a./J. 22/2016 (10a.), “Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, t. II, abril de 2016, p. 836, Registro 2011430.
- SCJN, Pleno, Contradicción de Tesis 416/2012, ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Míguez.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1573/2011, ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, secretario: Javier Mijangos y González.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2293/2013, ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, secretaria: María Dolores Igareda Diez de Solano.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 269/2014, ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, secretario: Javier Mijangos y González.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4909/2014, ponente: José Ramón Cossío Díaz, secretaria: Luz Helena Orozco y Villa.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 912/2014, ponente: José Ramón Cossío Díaz, secretaria adjunta: Luz Helena Orozco y Villa.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1754/2015, ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, secretaria: Ana María Ibarra Olguín, secretaria Auxiliar: Geraldina González de la Vega Hernández.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4811/2015, ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, secretarios: Arturo Guerrero Zazueta y Ana María Ibarra Olguín.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4355/2015, ponente: Norma Lucía Piña Hernández, secretario: Omar Sanabria Contreras.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1594/2016, ponente: Norma Lucía Piña Hernández, secretaria: Natalia Reyes Heróles Scharrer, colaboró: María José Macías Pérez.

- SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 910/2016, ponente: Alfredo Gutierrez Ortíz Mena, secretaria: María Dolores Igareda Diez de Sollano.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4883/2017, ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, secretaria: Ana María Ibarra Olguín.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 7470/2017, ponente: José Ramón Cossío Díaz, secretaria: Luz Helena Orozco y Villa.

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO: UN BREVE PANORAMA

Adriana Ortega Ortiz*

RESUMEN

Uno de los ámbitos en los que se identifica un mayor impacto de la reforma constitucional en derechos humanos es en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sobre justicia con perspectiva de género. Este artículo explora el efecto de esta perspectiva en algunas sentencias, tanto en materia familiar como penal, así como en las instituciones y conceptos de la dogmática penal. Para ello, primero, se explica qué se entiende por perspectiva de género en la esfera del derecho. Posteriormente, se analiza, en términos de precedentes, el momento seminal del enfrentamiento de la SCJN contra el orden social de género con distintos amparos directos en revisión. Igualmente, se abordan precedentes en relación con arreglos familiares, el papel del trabajo, la discriminación y los roles de género en la familia, así como los derechos sexuales y reproductivos. También, se incluye y abarca lo relacionado con mujeres en conflicto con la ley penal y cuando estas comparecen a los procesos penales como víctimas. Por último, se presentan unas reflexiones finales y algunos debates pertinentes acerca de una intervención de otras concepciones de igualdad en la jurisprudencia nacional e internacional.

I. INTRODUCCIÓN

Si en algún ámbito se identifica un significativo impacto de la reforma constitucional en derechos humanos de 2011 es justo en las decisiones de la Suprema Corte

* Licenciada en Derecho, Universidad Autónoma de Chihuahua; maestra en Derecho, Universidad de Toronto. Actualmente es secretaria de Estudio y Cuenta en la ponencia del ministro Gutiérrez Ortiz Mena. La autora agradece la colaboración de Victoria Orantes en la edición de este artículo. aortegaortiz.scjn@gmail.com

de Justicia de la Nación (SCJN) sobre de impartición de justicia con perspectiva de género. Este breve artículo se propone explorar algunas de esas resoluciones. Para ello, acudirá directamente a lo dicho en las sentencias, con el propósito de contribuir a la cultura del precedente. Se aclara que los casos escogidos no obedecen a ninguna metodología; simplemente fueron seleccionados por la autora a manera ilustrativa y con base en su criterio. Contrario a lo que se supondría, el impacto de la perspectiva de género no se reduce a la materia familiar, sino que existen casos importantes en materia penal en los cuales se interpretan las instituciones y conceptos de la dogmática penal con perspectiva de género. Esos casos también se incluirán y abarcarán lo ocurrido con mujeres en conflicto con la ley penal y cuando comparecen a los procesos penales como víctimas.

Aunque el derecho a la igualdad y a la no discriminación sustentan la aproximación de los casos con perspectiva de género, no siempre las sentencias lidian con cuestiones de no discriminación. Esto evidencia que la perspectiva de género es una herramienta al servicio de interpretaciones más estructurales —es decir, las que van al centro del problema epistemológico del derecho— que mejora la comparencia a los espacios de justicia por grupos históricamente desaventajados debido al género. Regularmente esto ocurre en las sentencias asignando cierto contenido y alcance a un derecho o institución jurídica y es lo que este breve artículo presentará.

Aunque se incluirán algunas notas distintivas sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación, se aclara que un artículo breve, que solo pretende destacar algunos aspectos clave, no es suficiente para hacer un recuento exhaustivo de la jurisprudencia de la SCJN en materia de igualdad y no discriminación, ni para abordarla críticamente, ni siquiera en lo relativo a la igualdad de género. Esta jurisprudencia tiene su propia historia y evolución, y la producción es enorme. Aunque hubiera sido deseable presentar un análisis menos superficial de los criterios que se enunciarán, esta foto panorámica es pertinente para atestiguar el impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la SCJN en materia de género, lo cual es el propósito de esta publicación y de este artículo.

II. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Antes de emprender la presentación de los casos, es importante señalar qué se entiende por perspectiva de género en el ámbito del derecho. En principio, debe decirse que la perspectiva de género no supone una preferencia incondicional por las mujeres en todos los procesos en que participan, sino la conciencia de cómo su

opresión histórica y sistemática ha determinado los resultados de sus encuentros con la justicia. Es claro también que, dado que la perspectiva de género reconoce que el sistema-sexo género empieza a desplegar sus efectos excluyentes tan pronto asigna a la identidad sexual la fórmula binaria hombre-mujer, se entiende que la opresión padecida por las mujeres es compartida por otros colectivos, en especial por las personas de la mal llamada “diversidad sexual” (se dice “mal llamada”, porque la diversidad sexual es el mosaico de la humanidad; sin embargo, este artículo recoge esa terminología, en ignorancia de un término que exprese mejor la idea de que algunos colectivos sufren opresión por no pertenecer a la sexualidad hegemónica). Es también evidente que los mandatos de género afectan a los hombres cisgénero y heterosexuales al imponerles formas de masculinidad en virtud de las cuales deben, por ejemplo, perseguir el poder e ir a la guerra; manifestar su fuerza y reprimir su sensibilidad; competir con otros hombres, aunque tengan que recurrir a la violencia, con los riesgos que esto implica, como morir asesinados por otros hombres y tener accidentes por conducir a alta velocidad; entre otros. Sin embargo, esta masculinidad hegemónica recibe recompensas no accesibles para otros colectivos oprimidos.

La perspectiva de género aplicada al derecho permite observar cómo este reproduce —y cómo puede dejar de hacerlo— la distribución de roles, tareas, oportunidades, valoración y poder a partir de la interpretación del cuerpo de las personas y la asignación binaria de la identidad sexual: un mundo dividido en hombres y mujeres, en lo propiamente femenino, en lo propiamente masculino.

La SCJN se ha hecho cargo de esta discriminación sistemática no solo en sus sentencias, sino emitiendo ya en dos ocasiones manuales de actuación para facilitar a otras autoridades jurisdiccionales la inclusión de la perspectiva de género en sus aproximaciones a los asuntos que lidian con los efectos de esta opresión en los procesos judiciales.¹ Estos documentos merecen ser mencionados, porque son consecuencia directa de la reforma constitucional de derechos humanos al incorporar los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y proponer los lineamientos conceptuales y prácticos que las autoridades judiciales deben seguir para incorporar la perspectiva de género en sus procesos de decisión.

La SCJN ha dicho que el orden social de género divide a las personas independientemente de sus deseos, cualidades y proyectos de vida; las organiza o

¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación - SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, SCJN, 2013; *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, México, SCJN, 2020.

jerarquiza y, entonces, determina qué les corresponde, cuándo y cómo. Es decir, reparte la valoración, el poder, los recursos y las oportunidades. Por tanto, el orden social de género es susceptible de determinar el acceso a los derechos, en la medida en que provoca que las leyes, políticas públicas e interpretaciones que se hacen de las mismas tengan impactos diferenciados en las personas según la posición ocupada en esta estructura jerárquica.² En resumen, se ha dicho que la perspectiva de género es un método de análisis que permite ver cómo funciona el orden de género y cómo, partir de la asignación binaria de la identidad sexual, distribuye reconocimiento, recursos, oportunidades y poder. Con esta visión se puede detectar cómo las mujeres y las personas de la diversidad son desfavorecidas por este orden, han sido sujetas a discriminación histórica y sistemática, y están ausentes de la construcción epistemológica del derecho.

Este reconocimiento y conocimiento ha conducido a la SCJN a interpretaciones que han ido de lo superficial a lo medianamente profundo. Sin que —en opinión de esta autora— termine por plantearse medidas que desmantelen el sistema de manera definitiva. Sin embargo, la SCJN ha consolidado una consistente jurisprudencia que establece como una obligación de quienes juzgan aproximarse a los asuntos con perspectiva de género.

Conviene decir —para efectos de este artículo— que esta evolución ha ido de la mano de la exigencia de la sociedad civil organizada nacional e internacional, de nuevos entendimientos de que la Constitución contiene un catálogo de derechos justiciables y de cómo se han añadido a la protección constitucional de esos derechos la normativa y la jurisprudencia internacional, protección que debe nombrarse, a partir de la reforma constitucional, como derecho constitucional de fuente internacional.

² Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1206/2018, Primera Sala, ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 de enero de 2019. Por unanimidad de 5 votos de la ministra Norma Lucía Piña Hernández, quien se pronunció a favor del sentido, pero con salvedad en las consideraciones, los ministros Luis María Aguilar Morales, quien se pronunció a favor del sentido, pero por consideraciones diversas; Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien se reservó su derecho a formular voto concurrente; Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena; y Juan Luis González Alcántara Carrancá, presidente de esta Primera Sala. SCJN, Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 92/2018, Primera Sala, ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 2 de diciembre de 2020. Unanimidad de votos de las ministras Norma Lucía Piña Hernández y Ana Margarita Ríos Farjat, quienes votaron con el sentido, pero separándose de consideraciones, y los ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien también votó con el sentido, pero por consideraciones diferentes y se reservó su derecho a formular voto concurrente; Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena (ponente), quien se reservó su derecho a formular voto concurrente; y Juan Luis González Alcántara Carrancá.

III. EL COMIENZO DE UNA HISTORIA CONSTITUCIONAL, LA DISCRIMINACIÓN, LA VIOLENCIA Y LA CONVENCION DE BELÉM DO PARÁ

Aunque el enfrentamiento de la SCJN contra el orden social de género cuenta con precedentes, sin duda, en opinión de esta autora, el momento decisivo de esta oposición se concretó en el Amparo Directo en Revisión 2655/2013.³ En ese asunto, la Primera Sala de la SCJN acabó con la duda sobre la importancia de la perspectiva de género en la impartición de justicia y dijo sin rodeos que no es optativo para las autoridades jurisdiccionales utilizar esta herramienta para resolver los casos donde –después de avivar los sentidos y la vista con directrices diagnósticas dadas por la propia SCJN– se perciba que la desigualdad de género o la violencia basada en el género harán la diferencia en el resultado del proceso.

En ese asunto, los tribunales precedentes habían desoído el alegato de una mujer que perdió la custodia de sus hijos por “abandonarlos”, cuando fue su marido quien la sacó de su casa utilizando distintas estrategias para alejarla de sus hijos. Para la SCJN resultó evidente que la aplicación irreflexiva de la causal de abandono para la pérdida de la patria potestad había provenído de una ceguera frente a la situación concreta de esta mujer. Para la SCJN, fue particularmente grave que la violencia denunciada fuera menospreciada. En este punto, la SCJN insistió en la necesidad de que se verificase el estudio sobre la violencia en este caso y en otros, incluso de oficio, de acuerdo con los deberes específicos que las violaciones de derechos humanos imponen a las distintas autoridades –según el artículo 1o. constitucional– en el ámbito de sus respectivas competencias: prevenir, investigar, sancionar y reparar esas violaciones.

A partir de estos hallazgos, la Primera Sala construye una argumentación basada en las disposiciones de la Constitución, ya no solo conformada por el texto constitucional, sino por instrumentos internacionales, para concluir que juzgar con perspectiva de género no era una concesión *generosa, ética o solidaria* de las autoridades jurisdiccionales, sino una innegable obligación, cuya fuente era precisamente el derecho a la igualdad y a la no discriminación, integrado a partir de las disposiciones constitucionales provenientes de fuente interna e internacional: en particular, de la *Convención para la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer* y la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar*

³ SCJN, Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2655/2013, Primera Sala, ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 6 de noviembre de 2013. Por mayoría de 4 votos de los señores ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea; José Ramón Cossío Díaz, quien se reserva el derecho de formular voto concurrente; Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, ponente; y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. En contra del emitido por el ministro presidente Jorge Mario Pardo Rebolledo.

la violencia contra las mujeres. El cumplimiento de esta obligación impediría que las sentencias fueran discriminatorias, limitaran o negaran el acceso a la justicia e ignoraran situaciones asimétricas de poder.

Al final, y como respuesta al caso, la SCJN establece un método para juzgar con perspectiva de género. Este método contiene seis pasos fundamentales⁴ y pretende dar cuenta de la manera en que la desigualdad de género que afecta a las mujeres puede aparecer en los procesos de cualquier índole:

1. Identificar si existen situaciones de poder que provoquen un desequilibrio entre las partes de la controversia debido al género.
2. Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género.
3. En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación basadas en el género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones.
4. De detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo con el contexto de desigualdad por condiciones de género.
5. Aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y las niñas.
6. Evitar el lenguaje basado en estereotipos o prejuicios y procurar un lenguaje incluyente, con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género.

A este caso ha seguido una poderosa línea sobre el principio de igualdad –ideal democrático que debe afectar la producción, aplicación e interpretación normativa– y su relación con la obligación de juzgar con perspectiva de género con base en instrumentos internacionales,⁵ como consecuencia no solo de la

⁴ Estos pasos toman como una referencia importante el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, cit.; revisado y mejorado recientemente en la edición de 2020, cit.

⁵ Artículo 1 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 1.2 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y el artículo 1o. de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. Véanse igualmente: Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-18/03, y los casos: Chocrón Chocrón vs. Venezuela, Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Reverón Trujillo vs. Venezuela, Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Yatama vs. Nicaragua, Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana,

familiaridad con la que estos estándares comenzaron a aplicarse, sino del marcaje claro en el sentido de que la perspectiva de género es una labor jurisdiccional ineludible.⁶

IV. El ámbito de las familias es susceptible de escrutinio judicial

Tal como pasó en el caso seminal, los arreglos familiares –en lo que concierne no solo al reparto de los bienes habidos durante el matrimonio o a la diversidad de las uniones de hecho que pueden integrar familia, sino a la distribución de roles– fueron sometidos a escrutinio judicial con el propósito de observar cómo funciona el sistema sexo-género en el ámbito de las relaciones familiares y decidir cómo las decisiones judiciales deben comprometerse con la igualdad y revertir las desigualdades y desventajas que este sistema provoca. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha engrosado una línea jurisprudencial que ha ido desde el reconocimiento del trabajo del hogar y el cuidado no remunerado hasta el reconocimiento de que las uniones no encuadrables en la definición jurídica de concubinato originan obligaciones nacidas de la solidaridad inicial que las funda. Esta aproximación incluye decisiones sobre cómo la violencia no es solo un ilícito penal, sino también un ilícito civil que conlleva el deber de justa indemnización.

En principio, la SCJN confirma la validez constitucional de una reforma legislativa introducida por la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México para modificar la definición tradicional de matrimonio en el Código Civil con la

Comunidad Indígena Sawhoymaxa vs. Paraguay, y Castañeda Gutman vs. México; entre otros. En el mismo sentido, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18 y Observación General 28; Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General 28, y Comité contra la Discriminación de la Mujer, Recomendación General 25.

⁶ CSJN, Primera Sala, Tesis 1a. CCCLXXIV/2014 (10a.), "Discriminación indirecta o por resultados. Elementos que la configuran", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 11, t. I, octubre de 2014, p. 603, Registro 2007798. "Del derecho a la igualdad previsto en el artículo 1o. de la Constitución Federal y en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado Mexicano, se desprende que la discriminación puede generarse no sólo por tratar a personas iguales de forma distinta, o por ofrecer igual tratamiento a personas que están en situaciones diferentes; sino que también puede ocurrir de manera indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral ubica a un grupo social específico en clara desventaja frente al resto. En este sentido, los elementos de la discriminación indirecta son: 1) una norma, criterio o práctica aparentemente neutral; 2) que afecta de manera desproporcionadamente negativa a un grupo social; y 3) en comparación con otros que se ubiquen en una situación análoga o notablemente similar. De lo anterior se desprende que, a fin de que un alegato de discriminación indirecta pueda ser acogido, es indispensable la existencia de una situación comparable entre los grupos involucrados. Este ejercicio comparativo debe realizarse en el contexto de cada caso específico, así como acreditarse empíricamente la afectación o desventaja producida en relación con los demás. Por su parte, a fin de liberarse de responsabilidad, el actor acusado de perpetrar el acto discriminatorio debe probar que la norma no tiene sólo una justificación objetiva, sino que persigue un fin necesario".

intención de incluir en esta institución a las parejas del mismo sexo. Posteriormente, ha ido revisando legislaciones estatales que conservan esa definición para encontrarla discriminatoria en todos los casos. Conviene anotar que, aunque la primera acción de inconstitucionalidad respecto del tema se resuelve un año antes de la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos fueron parte crucial del derecho que fue considerado para sostener el argumento sobre el carácter garantista de la reforma legislativa.⁷

Merecen especial atención las resoluciones de la SCJN sobre valoración del trabajo de cuidado del hogar y de las personas dependientes.⁸ Aunque la revisión de la SCJN se concentró fundamentalmente en confirmar la compatibilidad constitucional de legislaciones que reconocían el trabajo de cuidado como aportación económica al sostenimiento del hogar, lo cierto es que, al responder la pregunta sobre su constitucionalidad, argumentaron falta de valoración de un trabajo estereotípicamente impuesto a las mujeres⁹ y lo hicieron acudiendo a estándares internacionales sobre la prohibición de reproducir estereotipos nocivos de género.¹⁰ Las sentencias insistieron en el impacto desproporcionado y el empobrecimiento injusto que aún genera dedicarse a las labores de cuidado del hogar,¹¹ pues compromete la oportunidad de quien las ha asumido para desarrollarse en el

⁷ SCJN, Sentencia recaída en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, Pleno, ponente: ministro Sergio A. Valls Hernández, 16 de agosto de 2010. Por unanimidad de 9 votos de los señores ministros: Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Aguilar Morales, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y presidente Ortiz Mayagoitia. Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

⁸ Sobre la evolución de dicha figura en los precedentes del Tribunal Constitucional, véanse las siguientes decisiones correspondientes a los Amparos Directos en Revisión 2293/2013, 22 de octubre de 2014; 4909/2014, 20 de mayo de 2015; 1754/2015, 14 de octubre de 2015; 2730/2015, 23 de noviembre de 2016; 5490/2016, 7 de marzo de 2018; 3192/2017, 7 de febrero de 2018; entre otros.

⁹ SCJN, Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 1754/2015, Primera Sala, ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 14 de octubre de 2015. Unanimidad de 5 votos.

¹⁰ Artículo 5 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women – Cedaw). Véase también Corte IDH, Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México.

¹¹ Véanse también: SCJN, CT 90/2011, resuelta en sesión de 29 de febrero de 2012, bajo la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz, por mayoría de 4 votos, en contra del emitido por el ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo; y Amparo Directo en Revisión 2764/2013, ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto en sesión de 6 de noviembre de 2013, por unanimidad de 5 votos. Sobre el particular, véanse las Sentencias recaídas en los Amparos Directos en Revisión: 3192/2017, 7 de febrero de 2018; 4909/2014, 20 de mayo de 2015; 2730/2015, 23 de noviembre de 2016; 5490/2016, 7 de marzo de 2018; 2293/2013, 22 de octubre de 2014; 1125/2014, 8 de abril de 2015; 1340/2015, 7 de octubre de 2015; 1200/2014, 8 de octubre de 2014; 269/2014, 22 de octubre de 2014; 230/2014, 19 de noviembre de 2014; y 203/2015, 30 de septiembre de 2015.

mercado laboral remunerado.¹² Al hacer estas afirmaciones, se mezclaron con el reconocimiento a la autonomía de la voluntad —que podría motivar arreglos patrimoniales diversos—, los estándares nacionales e internacionales sobre la protección de la familia y la no discriminación.¹³ Todo para abrir la posibilidad de un reparto equitativo de los bienes generados durante la vigencia de la unión.

Si se habla de reconocimiento del trabajo estereotípicamente asignado a las mujeres, no puede desconocerse lo que ha hecho la SCJN en cuanto a la doble jornada. Es decir, ese producto de la división sexual del trabajo que todavía sobrecarga mayoritariamente a las mujeres, o a quienes asumen este rol, y las lleva a continuar con ese trabajo, aun cuando realizan labores remuneradas. En el Amparo en Revisión 910/2016,¹⁴ la SCJN rompió con la inercia tradicional de prejuizar la habilidad de maternaje con base en una condición de salud adversa, y visibilizó la sobre carga que las mujeres experimentan cuando tienen que actuar como malabaristas, afirmando que las autoridades judiciales no deben exigirles actividades hasta la extenuación para considerarlas aptas de ejercer la custodia de sus hijos e hijas. La SCJN decidió poner el acento en la importancia de impulsar medidas de corresponsabilidad y no de sanción, en escenarios donde se pretende que la sobrecarga de las mujeres y los *descuidos* nimios y no riesgosos explicables por tal sobrecarga se conviertan en una descalificación y un reproche. Además, en el Amparo Directo en Revisión 1754/2015,¹⁵ otro precedente fundamental, la SCJN recordó la importancia de añadir a la valoración de la doble jornada la vulnerabilidad que provoca la vejez y la enfermedad, para asegurarse de que la dedicación preponderante al hogar no termine por convertirse en una condena de precarización.

Si se habla de cómo la SCJN se ha acercado al tema de familia y su relación con el surgimiento de ganancias patrimoniales que deben ser justa y equitativamente repartidas, debe incluirse cómo estas decisiones trascendieron a arreglos familiares bastante comunes, pero que, simbólicamente, se consideran

¹² Sin embargo, las determinaciones sobre estos asuntos todavía están lejos de arribar a decisiones más creativas que *por lo menos* cuestionen el hecho de que ese costo de oportunidad deba ser siempre afrontado y resuelto entre los cónyuges, obviando el beneficio económico que ese trabajo representa para el Estado y cómo contribuye al sostenimiento y preservación del sistema económico. Justo sería pensar en un reconocimiento estatal que termine en una deseable participación en la redistribución de los recursos. Al no ser el tema del presente artículo, se deja esta discusión en nota al pie, pues la autora no puede eludirla.

¹³ Artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁴ SCJN, Sentencia recaída al Amparo en Revisión 910/2016, Primera Sala, ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 de agosto de 2017. Por unanimidad de 5 votos.

¹⁵ SCJN, Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1754/2015, Primera Sala, ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 14 de octubre 2015. Por mayoría de 4 votos.

extraordinarios o indignos de protección jurídica. La SCJN otorga protección jurídica a uniones con características concubinarias que legalmente no pueden serlo, por la existencia de un matrimonio precedente no disuelto, aunque en él hubiera desaparecido la vocación de hacer vida en común y esta intención se hubiera trasladado a esa unión aparentemente desprotegida.¹⁶

Este recuento termina con una sentencia que otorga a la violencia en el ámbito de las relaciones de pareja una significación y consecuencias inesperadas. El Amparo Directo en Revisión 5490/2016¹⁷ caracteriza la violencia doméstica como ilícito civil y, con ello, como acto que ocasiona un daño indemnizable. Otra vez, la línea argumentativa de este asunto se construye a partir de la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres*.

V. EL TRABAJO, LA DISCRIMINACIÓN SISTÉMICA Y LOS ROLES DE GÉNERO EN LA FAMILIA

Una decisión notable de la Segunda Sala de la SCJN se hace cargo de una nota distintiva del reparto estereotípico del trabajo no remunerado en el hogar y en el cuidado, hecho sin mirar directamente a las mujeres que tradicionalmente lo desempeñan, sino a los hombres, que son negados de los servicios de las guarderías del Instituto Mexicano del Seguro Social, con los que tradicionalmente se *palia* la doble jornada. En el Amparo en Revisión 59/2016,¹⁸ la SCJN resolvió que resultaba discriminatoria y estereotípica la repartición de labores y derechos que la seguridad social imponía a las familias y a los hijos e hijas, al impedir a los padres trabajadores el acceso al sistema de guarderías. En opinión de la autora, esta mención otorga un doble mérito a la sentencia, cuando se la analiza: denunciar la discriminación directa que resienten los padres de familia y la discriminación indirecta contra las mujeres, no solo surgida de la perpetuación evidente de determinado rol, sino al cuestionar el valor de su trabajo remunerado para atraer prestaciones a su familia. También debe resaltarse el impacto que esta sentencia eventualmente tendrá en las familias homoparentales donde ambos padres son varones.

¹⁶ SCJN, Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 230/2014, Primera Sala, ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 19 de noviembre de 2014. Por unanimidad de 5 votos.

¹⁷ SCJN. Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 5490/2016, Primera Sala, ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 7 de marzo de 2018. Por unanimidad de 5 votos.

¹⁸ SCJN, Sentencia recaída al Amparo Directo 59/2016, Segunda Sala, ponente: ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, 29 de junio 2016. Por mayoría de 4 votos en contra del emitido por el ministro Eduardo Medina Mora.

Una segunda decisión que se ocupa de la operación del orden de género en los roles sociales y laborales es el Amparo Directo 9/2018,¹⁹ donde se decidió que es discriminatorio y violatorio del derecho a la seguridad social negarles el acceso –solo en virtud de la comprensión de que son un tipo especial de trabajadores– a las personas trabajadoras del hogar. Esta sentencia motivó la creación del programa piloto de aseguramiento para estos y estas trabajadoras. Es innegable que esta sentencia pretendía una decisión neutral que alcanzase a las personas trabajadoras del hogar –independientemente de su sexo–, pero documenta el impacto diferenciado que provoca en las mujeres –el porcentaje más alto de personas que asumen esta labor– la ausencia de un sistema de aseguramiento y, con ello, de mejora de las condiciones laborales de miles de mujeres.

VI. LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Se ha dicho, particularmente en las recomendaciones generales número 24 y 33 del Comité Cedaw para la eliminación de la discriminación contra la mujer, que negar el acceso a servicios de salud que solo las mujeres –y habría que agregar, en virtud de la conservación de la potencia reproductiva, a los hombres trans– necesitan es absolutamente discriminatorio. Un incuestionable ejemplo de estos servicios es el acceso a abortos seguros y de calidad.

La SCJN ha resuelto tres casos relacionados con este acceso: los Amparos en Revisión 601/2017,²⁰ 1170/2017²¹ y 1388/2015.²² Los dos primeros, relativos al acceso a una interrupción legal del embarazo por violación; el tercero, por motivos de salud. Los tres lidian con la negativa de los servicios públicos de salud a practicar un aborto seguro y de calidad en los supuestos mencionados y los tres coinciden en la reivindicación de los derechos de las mujeres a la adecuada prestación de servicios de aborto. Esta reivindicación queda basada en los estándares de derechos humanos que protegen a las personas de sufrir violaciones de la integridad personal, del derecho a la salud y del derecho a la no discriminación y a estar libres de violencia. Las dos primeras decisiones resaltan los derechos de las

¹⁹ SCJN, Sentencia recaída al Amparo Directo 9/2018, Segunda Sala, ponente: ministro Alberto Pérez Dayán, 5 de diciembre 2018. Por unanimidad de 5 votos.

²⁰ SCJN, Sentencia recaída al Amparo en Revisión 601/2017, Segunda Sala, ponente: ministro José Fernando Franco González Salas, 4 de abril de 2018. Por unanimidad de 5 votos.

²¹ SCJN, Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1170/2017, Segunda Sala, ponente: José Fernando Franco González Salas, 18 de abril 2018. Por lo que hace a los resolutivos primero y tercero, por unanimidad de 4 votos; por lo que hace al resolutivo segundo, por mayoría de 3 votos en contra del emitido por el señor ministro Javier Laynez Potisek.

²² SCJN, Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1388/2015, Primera Sala, ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 15 de mayo de 2019. Por unanimidad de votos.

víctimas a que cesen los efectos del delito y actúan en consecuencia: dan vista a la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas para exigir una reparación integral; el tercero amplía la concepción del derecho a la salud, subraya la importancia del proyecto de vida de las mujeres y los hombres trans y obliga a los y las profesionales de la salud a respetar los conceptos de bienestar de cada persona.

VII. LA VIOLENCIA PENAL

1. Mujeres en conflicto con la ley penal

Es importante subrayar la regularidad con la que se ignora que las mujeres pueden entrar en conflicto con la ley no solo como víctimas sino también como imputadas. En estos casos, como en el resto de los revisados, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido crucial para desentrañar las actitudes estereotípicas de las autoridades judiciales que ahora se despliegan de forma no evidente, sino implícita, y revelan los sesgos cognitivos con los que los y las juzgadoras se aproximan a las mujeres que presuntamente delinquen. Curiosamente, en todos estos casos vuelve a tener relevancia la posición de subordinación de las mujeres y la violencia que padecen en todos los ámbitos. Resulta significativa la violencia institucional, expresada precisamente en esos criterios judiciales fundados en estereotipos nocivos de género.

La SCJN comenzó su línea jurisprudencial en esta materia con el Amparo Directo en Revisión 2468/2015.²³ En ese asunto, una mujer que sostenía relaciones amorosas con tres personas fue responsabilizada penalmente por el asesinato de uno de ellos, al considerarse que debía actuar para protegerle y evitar el homicidio, aunque solo fuera denunciando. Es decir, los tribunales precedentes a la SCJN le atribuyeron un deber de garante de la vida de la víctima y por ello la calificaron como coautora material del homicidio. La SCJN dedujo que los tribunales precedentes tomaron en cuenta implícita o explícitamente el comportamiento sexual de la mujer como un elemento relevante para atribuirle responsabilidad penal y, al hacerlo, ignoraron los criterios emitidos por aquella. Por ello, ordenó al tribunal colegiado se abstuviera de juzgar explícita o implícitamente a partir de estereotipos de género y descartara el deber de garante que le fuera achacado.

²³ SCJN, Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2468/2015, Primera Sala, ponente: ministro José Ramón Cossío Díaz, 22 de febrero de 2017. Por mayoría de 3 votos en contra de los emitidos por los ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo y presidenta Norma Lucía Piña Hernández.

Por último, en el Amparo Directo en Revisión 6181/2016,²⁴ la SCJN lidió con la defensa adoptada por una mujer como única salida disponible para hacer cesar la violencia sistemática padecida por ella y sus seis hijos: el homicidio del agresor. En este caso, la SCJN adaptó el método proveniente del Amparo Directo en Revisión 2665/2013 al juzgamiento penal y dispuso que, reconociendo la situación concreta de la mujer y la violencia que había soportado, los tribunales admitieran que la conducta de la mujer encuadraba en alguna excluyente de la responsabilidad penal desde una causa de justificación hasta una causa de inculpabilidad.

2. Mujeres víctimas de delito

En este rubro, la SCJN resolvió dos casos –“Mariana Lima” y “Karla Pontigo”²⁵– que resultaron paradigmáticos, a partir de feminicidios, por decir lo menos, negligentemente investigados y consignados como suicidio y homicidio imprudencial. En el primero de los casos, la SCJN desarrolla ampliamente la forma en que debe asumirse una investigación para conducirse con perspectiva de género. Su marco conceptual descansa, en su mayoría, en el caso *González y otras vs. México*, lo que constituye una aplicación de la jurisprudencia interamericana como obligatoria. En el segundo, la SCJN confirma los lineamientos del caso “Mariana Lima” y añade significativas aportaciones respecto del derecho a la verdad de las víctimas a partir de estándares internacionales emitidos por los procedimientos especiales de la ONU y desarrollados por la doctrina, con lo que remonta la caracterización de las resoluciones de esos procedimientos especiales como no obligatorias.

En el Amparo Directo en Revisión 3186/2016,²⁶ la SCJN revisa un asunto de hostigamiento sexual laboral, una conducta de realización secreta que deja la posibilidad probatoria en una prueba prácticamente singular: el dicho de la víctima. Esta vez, la SCJN resuelve que esta singularidad no es suficiente para cuestionar la potencia probatoria de esa declaración. Por el contrario, desarrollando los precedentes de los casos “Inés Fernández Ortega” y “Valentina Rosendo Cantú”, ambos contra

²⁴ SCJN, Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 6181/2016, Primera Sala, ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 7 de marzo de 2018. Por unanimidad de 5 votos.

²⁵ Ambos asuntos rompen el anonimato que caracteriza a las sentencias de amparo y se conocen y nombran con el nombre verdadero de las víctimas, a petición expresa de sus madres, quienes consideran que esto es una forma de reparación. SCJN, Sentencia recaída al Amparo en Revisión 554/2013, Primera Sala, ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 25 de marzo de 2015. Por unanimidad de votos; SCJN, Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1284/2015, Primera Sala, ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 13 de noviembre de 2019. Por unanimidad.

²⁶ SCJN, Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3186/2015, Primera Sala, ponente: ministro José Ramón Cossío Díaz, 1 de marzo de 2017. Por mayoría de 3 votos en contra de los emitidos por los ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo y Norma Lucía Piña Hernández.

México, propone la preponderancia del testimonio de la víctima, la valoración contextual que de él debe hacerse y la presunción de verdad que lo acompaña.

VIII. CONCLUSIÓN

Esta autora, tal como lo anunció en la introducción, piensa que este *paseo* por las decisiones demuestra la fuerza de la reforma constitucional, pero también honra la larga pelea de la sociedad civil organizada, hecho que confirma la deseable simbiosis democrática que debe existir entre el derecho adoptado en cualquier ámbito y el cambio social. Por otro lado, estos precedentes, deliberada y voluntariamente seleccionados, parecen ajenos a las oscilantes disputas sobre el papel que juegan las recomendaciones y observaciones de los comités monitores de los tratados en el parámetro de regularidad constitucional de los derechos constitucionales, pues, en este terreno, esta incorporación ha ocurrido de forma tersa. Estos precedentes, sin embargo, no han sido suficientes para modificar la realidad donde pareciera que la perspectiva de género es un discurso políticamente correcto, al tiempo que la discriminación contra las mujeres y las personas de la diversidad sexual se tolera e incluso se legitima.

Como un debate pendiente, resta evaluar cómo resultaría una intervención de otras concepciones de igualdad en la jurisprudencia nacional e internacional. Si bien el caso *González y otras vs. México* ha sido consistentemente utilizado por la SCJN en lo referente a su definición de los estereotipos y en los casos donde se revisó la calidad de las investigaciones de muertes violentas de mujeres, y esto podría ser interpretado como una *invasión* de una noción de igualdad estructural, a esta autora le parece que la *invasión* no ha sido lo suficientemente profunda y que esta ausencia se explica parcialmente por el efecto relativo de las sentencias de amparo, sin que pueda desconocerse la aproximación liberal que aún se tiene, por ejemplo, a la división sexual del trabajo y sus efectos en las relaciones afectivas; es decir, que se parta de la necesidad de redistribución solo desde la perspectiva contractual y no se haya estudiado aún qué correspondería hacer a un Estado de bienestar en ese tema.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, SCJN, 2013. http://archivos.diputados.gob.mx/Comisiones_LXII/Igualdad_Genero/PROTOCOLO.pdf
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, México, SCJN, 2020. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/>

[files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf](https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf)

Jurisprudencia

- CORTE IDH, Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Atala Riffo y Niñas *vs.* Chile.
- CORTE IDH, Caso Gonzáles y otras (“Campo algodonero”) *vs.* México.
- CORTE IDH, Caso Castañeda Gutman *vs.* México.
- CORTE IDH, Caso Chocrón Chocrón *vs.* Venezuela.
- CORTE IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya *vs.* Paraguay.
- CORTE IDH, Caso Nadege Dorzema y otros *vs.* República Dominicana.
- CORTE IDH, Caso Niñas Yean y Bosico *vs.* República Dominicana.
- CORTE IDH, Caso Reverón Trujillo *vs.* Venezuela.
- CORTE IDH, Caso Yatama *vs.* Nicaragua.
- CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-18/03.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), Amparo Directo en Revisión 2764/2013, 6 de noviembre de 2013.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 1200/2014, 8 de octubre de 2014.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 2293/2013, 22 de octubre de 2014.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 230/2014, 19 de noviembre de 2014.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 269/2014, 22 de octubre de 2014.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 1125/2014, 8 de abril de 2015.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 4909/2014, 20 de mayo de 2015.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 1340/2015, 7 de octubre de 2015.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 1754/2015, 14 de octubre de 2015.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 203/2015, 30 de septiembre de 2015.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 2730/2015, 23 de noviembre de 2016.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 3192/2017, 7 de febrero de 2018.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 5490/2016, 7 de marzo de 2018.
- SCJN, Contradicción de Tesis 90/2011, resuelta en sesión de 29 de febrero de 2012.
- SCJN, Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2655/2013, Primera Sala, ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 6 de noviembre de 2013.
- SCJN, Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 230/2014, Primera Sala, ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 19 de noviembre de 2014.
- SCJN, Sentencia recaída al Amparo en Revisión 554/2013, Primera Sala, ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 25 de marzo de 2015.
- SCJN, Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1754/2015, Primera Sala, ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 14 de octubre 2015.
- SCJN, Sentencia recaída al Amparo Directo 59/2016, Segunda Sala, ponente: ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, 29 de junio 2016.

- SCJN, Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2468/2015, Primera Sala, ponente: ministro José Ramón Cossío Díaz, 22 de febrero de 2017.
- SCJN, Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3186/2015, Primera Sala, ponente: ministro José Ramón Cossío Díaz, 1 de marzo de 2017.
- SCJN, Sentencia recaída al Amparo en Revisión 910/2016, Primera Sala, ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 de agosto de 2017.
- SCJN, Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 6181/2016, Primera Sala, ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 7 de marzo de 2018.
- SCJN, Sentencia recaída al Amparo en Revisión 601/2017, Segunda Sala, ponente: ministro José Fernando Franco González Salas, 4 de abril de 2018.
- SCJN, Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1170/2017, Segunda Sala, ponente: José Fernando Franco González Salas, 18 de abril 2018.
- SCJN, Sentencia recaída al Amparo Directo 9/2018, Segunda Sala, ponente: ministro Alberto Pérez Dayán, 5 de diciembre 2018.
- SCJN, Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1206/2018, Primera Sala, ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 de enero de 2019.
- SCJN, Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1388/2015, Primera Sala, ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 15 de mayo de 2019.
- SCJN, Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1284/2015, Primera Sala, ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 13 de noviembre de 2019.
- SCJN, Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 92/2018, Primera Sala, ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 2 de diciembre de 2020.
- SCJN, Primera Sala, Tesis 1a. CCCLXXIV/2014 (10a.), “Discriminación indirecta o por resultados. Elementos que la configuran”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 11, t. I, octubre de 2014, p. 603, Registro 2007798.

CONEXIONES PENDIENTES: DERECHOS HUMANOS Y VIOLENCIA DE GÉNERO

Sandra Serrano*

RESUMEN

La reforma constitucional de junio de 2011 estableció un conjunto de principios y obligaciones que regulan la dinámica de los derechos humanos y la interacción de los derechos de origen nacional y internacional. La reforma constitucional, sin embargo, no se hizo cargo de las distintas dimensiones de la igualdad ni, en particular, de asegurar el derecho a la igualdad y a una vida libre de violencia para las mujeres. En ese contexto, aquí se analizan los alcances y retos de esta reforma para proteger y garantizar los derechos humanos de las mujeres, en los niveles de protección tanto judicial como fáctico de interacción entre los distintos contextos de violencia (de género, estatal y criminal), en el caso de la desaparición de mujeres. Finalmente, se reflexiona sobre la reforma de 2011 y la protección de los derechos de las mujeres en casos de violencia y desaparición.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 estableció el marco de la interacción de los derechos humanos de origen nacional y los internacionales, así como la dinámica de acción de los derechos humanos por medio de un conjunto de principios y obligaciones. Sin embargo, la reforma no tuvo un especial énfasis en asegurar los derechos a la igualdad y a una vida libre de violencia de las mujeres. En parte porque los desarrollos normativos en la materia ya venían de años atrás y en parte porque el propio andamiaje

* Profesora-investigadora, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso), México. sandra.serrano@flacso.edu.mx

constitucional de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) también debía permitir robustecer la protección de los derechos humanos de las mujeres.

Adicionalmente, la reforma se gestó ajena al contexto del país. Mientras el norte y otras zonas ya vivían una creciente militarización de la seguridad pública y ya se contaban por miles las personas desaparecidas, ejecutadas y torturadas a manos de las fuerzas de seguridad del Estado y de grupos criminales, en el centro del país se celebraba el nuevo rumbo constitucional con la ilusión puesta en los derechos reconocidos. Por supuesto que la reforma constitucional implicó, y sigue siendo así, un avance de la mayor relevancia para la protección de los derechos humanos, pero a diez años de distancia, con más de 80 mil personas desaparecidas, más de 10 mujeres asesinadas por día, más 100 mil personas ejecutadas y un contexto de tortura generalizada, conviene analizar los retos existentes que en materia de derechos humanos se plantean y las posibilidades del andamiaje constitucional para hacerle frente.

Hay un salto imposible entre lo normativo, los derechos constitucionales y la realidad. Aquí no se pretende dar ese salto. Lo normativo establece la promesa por cumplir, pero la realidad nos marca el rumbo y los obstáculos que deben afrontarse. Para los derechos de las mujeres y, en particular, la violencia de género, el andamiaje constitucional aportó una mayor interacción entre las obligaciones de origen internacional en la materia y las nacionales, con lo que los avances jurisprudenciales han ampliado el contenido y el alcance de la protección de las mujeres y sus familias. La violencia contra las mujeres y los problemas que enfrentamos al buscar el acceso a la justicia se han visibilizado, pero ello no ha llegado a fortalecer las instituciones que deben hacerle frente a la violencia y, aún más, no se ha mirado la interacción entre los contextos de violencia de género y el de las políticas de seguridad de los últimos sexenios.

Desde esta aproximación de claros y oscuros, el capítulo se divide en dos partes que buscan (re)establecer las conexiones entre los derechos humanos y la violencia de género, como dos ámbitos que a veces caminan juntos y son interdependientes y otras se miran como dos problemas ajenos. En la primera parte se señalan los avances en cuanto al derecho de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha liderado y los pendientes en cuanto al cumplimiento de las recomendaciones internacionales, mientras que en la segunda parte se exponen los desafíos que supone la interacción entre los distintos contextos de violencia, la de género y la estatal y criminal, en el caso de la desaparición de mujeres. El capítulo cierra con unas breves reflexiones finales.

II. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA

El reconocimiento de la gravedad de los problemas de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia llegó antes que la reforma constitucional de 2011 con la Sentencia del Caso Campo Algodonero *vs.* México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en 2009.¹ Ese caso desnudó los problemas ya conocidos por tantas madres, no solo en Ciudad Juárez, sino a lo largo de todo el país, al enfrentarse a un caso de feminicidio: los estereotipos de género, la falta de búsqueda de las mujeres desaparecidas y de una investigación diligente, la impunidad de los perpetradores y la violencia ejercida por las autoridades en contra de las familias, entre otros muchos problemas vinculados con la discriminación estructural hacia las mujeres. A ese caso se sumaron otros dos de la misma Corte IDH que pusieron énfasis en la falta de debida diligencia frente la violencia sexual en contra de mujeres indígenas.² También para 2011 ya muchos otros organismos internacionales de derechos humanos habían mostrado preocupación por la falta de investigación y sanción de la violencia en contra de las mujeres en el país.

Por ello, la reforma constitucional significó un impulso contundente para retomar las sentencias y recomendaciones de organismos internacionales que con tanta insistencia solicitaban la adopción de medidas para la prevención, investigación, sanción y reparación de la violencia en contra de las mujeres. La SCJN fue la institución que tomó el liderazgo en este tema para generar el puente entre lo internacional y lo nacional y buscar el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de las autoridades nacionales. Se reconoció el problema del acceso a la justicia como uno de derechos humanos, donde todo el marco constitucional debía operar y hacerse operativo para darle una respuesta.

Una de las primeras acciones de la SCJN fue la adopción de un *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género* (2013)³ que posicionó la importancia de juzgar con perspectiva de género entre las autoridades judiciales, tanto federales como locales, y ofreció unos parámetros para que efectivamente dichas autoridades reconocieran las asimetrías de poder en las relaciones de género y pudieran hacerse

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso González y otras ("Campo Algodonero") *vs.* México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 205, 16 de noviembre de 2009.

² Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 216, 31 de agosto de 2010; y Corte IDH, Caso "Fernández Ortega y otros *vs.* México", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 215, 30 de agosto de 2010.

³ Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género, haciendo realidad el derecho a la igualdad*, 1 ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.

cargo de ellas al juzgar. Este documento recuperó los estándares internacionales en la materia y estableció las bases que después sirvieron para la generación de sentencias protectoras de los derechos de las mujeres.

En paralelo, la SCJN también reforzó su jurisprudencia sobre el derecho a la igualdad, no solo respecto de las mujeres sino de la diversidad sexual. También en este caso retomó los criterios interamericanos para reforzar y ampliar su línea jurisprudencial. Las discusiones judiciales sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación se dieron ya no solo a partir de los criterios de similitud y diferencia, sino a partir de la desigualdad como un problema estructural. De a poco, los criterios interamericanos se integraron con los nacionales en el cotidiano de la toma de decisiones de la SCJN⁴ y, posteriormente, de los demás órganos judiciales federales.

Dos sentencias son claves para entender la importancia del nuevo texto constitucional en materia de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia: la sentencia del caso “Mariana Lima”⁵ y la sentencia del caso de “Karla Pontigo”.⁶ El primer caso está centrado en las deficiencias en la investigación de la muerte de Mariana Lima Buendía, una mujer de 28 años que estaba casada con un agente de investigación de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México. La sentencia da cuenta de cómo las acciones y omisiones de la propia Procuraduría llevaron a considerar como suicidio la muerte de Mariana Lima, cuando existían suficientes evidencias que hacían pensar que pudo haber sido un feminicidio, sin que dicha línea de investigación fuera seguida por las autoridades ministeriales. Se trata de un caso que analiza en detalle las violaciones al deber de debida diligencia en la investigación de los casos de mujeres víctimas de violencia de conformidad con los criterios interamericanos. De manera clara, la sentencia señala que:

111. El caso del derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación es un ejemplo claro de cómo a nivel interno e internacional se ha desarrollado, de manera evolutiva, el contenido y alcance de dicho derecho a través –por un lado– de tratados, constituciones y leyes, así como –por otro– por medio de la interpretación que de dicho derecho han hecho los tribunales constitucionales e internacionales.⁷

La sentencia detalla con precisión la conducta esperada por parte de las fiscalías frente a los casos de muertes violentas de mujeres y donde existen indicios de violencia de género previa, como fue el caso de Mariana Lima. La resolución parte donde los estándares internacionales llegan y de ahí construye el andamiaje

⁴ Véase Serrano, Sandra, *La recepción de los criterios interamericanos en las cortes de Colombia y México: de las ideas a los resultados*, México, IJ-UNAM, 2021.

⁵ SCJN, Primera Sala, Caso “Mariana Lima”, Amparo en Revisión 554/2013, 25 de marzo de 2015.

⁶ SCJN, Primera Sala, Caso “Karla Pontigo”, Amparo en Revisión 1284/2015, 13 de noviembre de 2019.

⁷ SCJN, Caso “Mariana Lima”, *cit.*

nacional necesario para ser aplicado por los fiscales y policías de investigación. Incluso, es posible considerar que la sentencia se trata de una especie de manual para la actuación de las fiscalías en estos casos.

Por su parte, la sentencia de “Karla Pontigo” también aborda los problemas de debida diligencia en la investigación de su muerte que dieron lugar a considerarla un accidente antes que un feminicidio. De nueva cuenta, el problema del litigio se encuentra en la falta de la perspectiva de género al investigar, pero en este caso el centro de la discusión también se relaciona con la importancia que reviste el derecho a la verdad de los familiares de las víctimas de feminicidio y otras violaciones graves de derechos humanos. La sentencia recupera y reconoce los criterios internacionales respecto del derecho a la verdad, los teje con los nacionales y les da sentido a la luz de las necesidades del caso y de la identificación de las obligaciones de las autoridades de investigación:

81. La violencia basada en el género es una violación de derechos humanos y, en consecuencia, actualiza para el Estado y sus agentes los deberes específicos contemplados en el artículo primero constitucional, lo que incluye su investigación diligente, exhaustiva, pronta e imparcial. Esta investigación y sus resultados integran el derecho a la verdad de las víctimas. La pretensión de la víctima de una violación de los derechos humanos de encontrar la “verdad” en el marco de un procedimiento judicial es un componente esencial de la validez y legitimidad de la justicia. De hecho, el derecho a saber es reconocido por el *corpus iuris internacional* como un derecho fundamental. [...]

89. La verdad es, entonces, un reconocimiento del sufrimiento de las víctimas y no solamente una decisión de adecuación típica, basada en categorías jurídicas. La verdad consistirá, más que nada, en la entrega de un relato correspondiente con los hechos, suficientemente probado y surgido de una investigación exhaustiva y diligentemente conducida. La verdad no es cualquier versión; las explicaciones para los hechos inconsistentes con la evidencia disponible o producto de una selección o interpretación arbitraria de la misma no satisfacen el derecho a la verdad.

90. Entre los intereses de las víctimas y la pretensión punitiva del Ministerio Público –si son de respetarse los derechos de las víctimas– debe aspirarse a una convergencia; los posibles antagonismos deben depurarse, ya sea para que las salidas alternativas al proceso que permite la actual legislación procesal o el mismo proceso penal generen un proceso de justicia donde las víctimas se reconozcan y sean restauradas. La solidez de este intercambio se construye con la participación activa de las víctimas en la averiguación previa y con la posibilidad de enderezar –con la utilización de los recursos necesarios y disponibles– las actuaciones del Ministerio Público que las víctimas entiendan como opuestas a sus necesidades de justicia.⁸

⁸ SCJN, Caso “Karla Pontigo”, *cit.*

Este caso de 2019 ya no discute la integración del derecho nacional con el internacional, pues la da por sentada y desde ahí construye la argumentación. Para ese año, las dudas iniciales respecto de la reforma y su interacción con el derecho nacional ya se habían disipado, al menos en cuanto a la SCJN. Pero era claro que los problemas de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia seguían tan persistentes como antes de 2011. Se ganó en visibilidad y en la identificación precisa de las obligaciones estatales, pero se ha ganado poco que eso se traslade al día a día de la acción de policías, fiscalías y jueces.

De 2012 a 2020 el Estado mexicano ha recibido alrededor de 300 recomendaciones en torno a la violencia contra las mujeres por parte de organismos internacionales de derechos humanos.⁹ Muchos de esos organismos han reconocido los avances jurisprudenciales de la SCJN, pero también han puesto énfasis en los enormes retos que persisten. Las recomendaciones van desde la necesidad de homologar tipos penales que sancionan las distintos clases de violencia de género, la necesidad de capacitar y sensibilizar al personal de investigación y a autoridades judiciales, hasta la reiteración constante de los estándares de debida diligencia en la prevención, la investigación, la sanción y la reparación en los casos de violencia de género.

Entre las recomendaciones internacionales resalta la preocupación por la ausencia de registros sobre violencia de género y de estadística judicial desagregada por sexo. Asimismo, se preocupan por los diferentes impactos de la violencia contra las mujeres, ya sea por su profesión: periodistas o defensoras de derechos humanos, o bien por sus múltiples condiciones: migrantes, indígenas, niñas, etc., y que nos someten a mayores riesgos de violencia y de encontrar obstáculos en el acceso a la justicia.

Otra de las recomendaciones reiteradas entre los distintos órganos de tratados de las Naciones Unidas es la necesidad de que los mecanismos e instituciones creados para asegurar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia cuenten con las capacidades y los recursos en los niveles federal, estatal y municipal. No siempre, o casi nunca, lo creado desde el centro encuentra asidero y suelo fértil a nivel municipal, de tal manera que las leyes generales y los sistemas nacionales pierden vida en el nivel estatal y muy rara vez llegan a las víctimas de a pie, que, en su mayoría, recurren a las autoridades municipales. Repensar las rutas de las víctimas desde lo local hacia lo estatal y, si es necesario, lo federal es otra de las tareas pendientes.

⁹ Secretaría de Relaciones Exteriores, *Sistema para el seguimiento y atención de recomendaciones internacionales en materia de derechos humanos*, México, 2021.

En estos años se ha avanzado en contar con el andamiaje normativo y un diseño institucional que buscan responder al problema del acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia. Es claro lo que las autoridades encargadas de la investigación y el juzgamiento deben hacer, los estándares han sido desarrollados tanto a nivel internacional como nacional, pero falta que las autoridades de a pie los conozcan y apliquen. Menos claridad presentan los órganos y mecanismos creados para atender e investigar la violencia contra las mujeres. La mirada local y la construcción de canales de justicia con las víctimas resultan indispensables en contextos donde las instituciones con mayor poder de decisión –fiscalías, seguridad pública, tesorería, entre otras– siguen siendo resistentes a las demandas de justicia.

III. LAS DESAPARICIONES DE MUJERES ENTRE DOS CONTEXTOS DE VIOLENCIA

En el cotidiano de las mujeres la violencia aumentó después de 2011. De hecho, la violencia estatal y criminal aumentó en el país después de 2007 a raíz de las estrategias de seguridad que han seguido los distintos presidentes desde entonces. Así, el ya de por sí complejo contexto de violencia en contra de las mujeres se encontró con un contexto de violencia estatal y criminal. Las distintas fuentes de violencia se reforzaron mutuamente en perjuicio de las mujeres.¹⁰

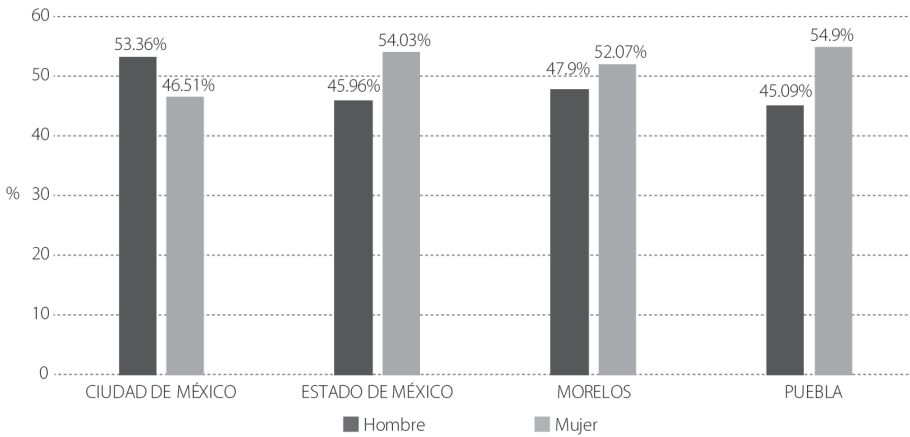
La desaparición de personas se convirtió en una constante en distintas zonas del país. Ya no solo desaparecían las mujeres, sino que miles de hombres jóvenes comenzaron a desaparecer. Los estándares creados para la búsqueda de mujeres desaparecidas se ampliaron para buscar a esos jóvenes. Ciertamente en algunas zonas del país, como en la región noreste, la desaparición afectó mucho más a los hombres jóvenes, particularmente entre 2007 y 2013.¹¹ Pero en otras partes del país, o en la misma región noreste, pero en otros años (por ejemplo, a partir de 2020), la desaparición de mujeres aumentó mucho más que la de los hombres.

En la región centro del país, la desaparición de mujeres ha aumentado de manera preocupante en los últimos años. De acuerdo con datos del Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas (RNPDNO) en los estados de México, Morelos y Puebla, las mujeres desaparecen mayoritariamente, mientras que en la Ciudad de México la desaparición de mujeres es casi igual que la de los hombres:

¹⁰ Véase, por ejemplo, el análisis de Data Cívica, *Claves para entender y prevenir los asesinatos de mujeres en México*, México, Data Cívica, Open Society Foundations y Programa de Derecho a la Salud (CIDE), 2019.

¹¹ Véanse los informes del Observatorio sobre Desaparición e Impunidad en México, Flasco, IJ-UNAM, Universidad de Minnesota y Universidad de Oxford en <https://odim.juridicas.unam.mx>.

Gráfica 1. Personas desaparecidas, no localizadas y localizadas por sexo (2007-2020)

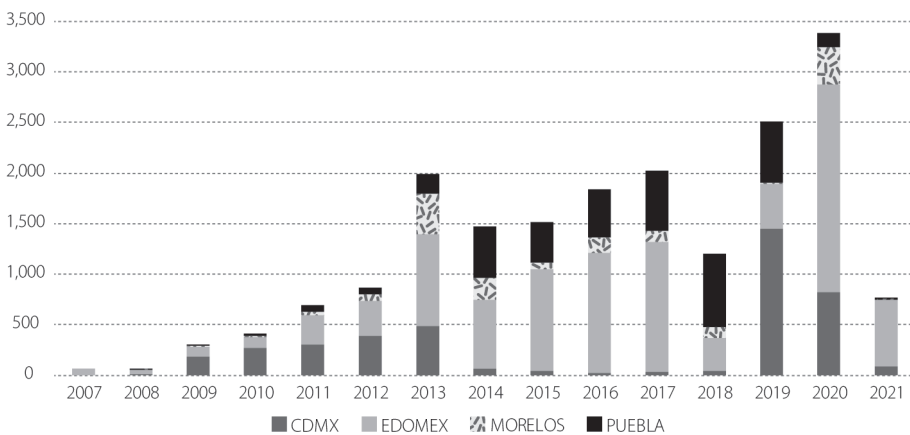


Fuente: elaboración propia con datos del RNPNDNO (no se incluyen los indeterminados).

Los posibles perpetradores son muy diversos y todavía no se cuenta con suficiente información para distinguir el impacto de la acción estatal, de grupos criminales y de particulares en la desaparición de las mujeres. Lo que es evidente es el aumento de las desapariciones (Gráfica 2).

La información es clara en mostrar el aumento de los registros de desaparición de mujeres. Para Morelos el peor año fue el 2013, para Puebla y la Ciudad de México el 2019 y para el Estado de México el 2020. Aunque con algunas bajadas,

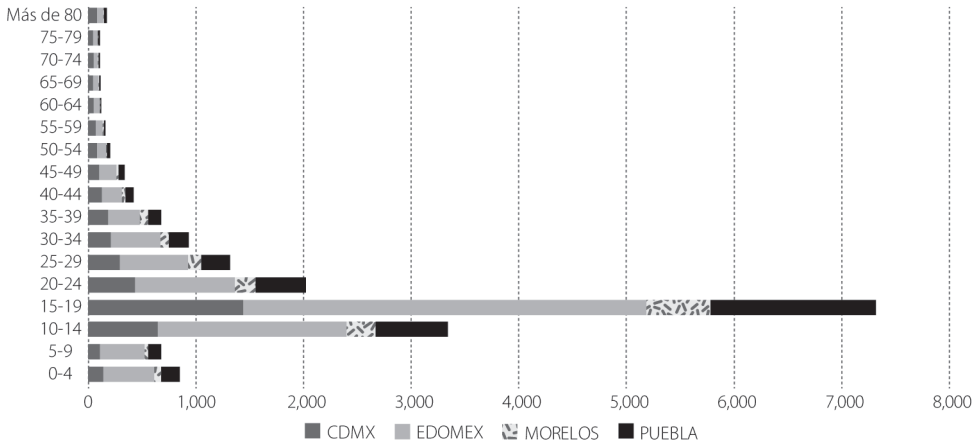
Gráfica 2. Mujeres desaparecidas, no localizadas y localizadas entre 2007-2020



Ciudad de México (CDMX); Estado de México (Edomex).

Fuente: elaboración propia con datos del RNPNDNO.

Gráfica 3. Edad de las mujeres desaparecidas, no localizadas y localizadas (2007-2020)



Ciudad de México (CDMX); Estado de México (Edomex).

Fuente: elaboración propia con datos del RNPDO.

en general se observa una tendencia al aumento de la desaparición de las mujeres, en particular de las más jóvenes. En todas las entidades la edad más vulnerable para las mujeres está entre los 15 y los 19 años, aunque la situación de mayor peligro se extiende de los 10 a los 29 años.

De estos datos no puede ausentarse una lectura en clave de género que busque conectar los contextos de violencia prevalentes. El género puede operar como causa o como consecuencia de la desaparición de una mujer. Opera como causa cuando una mujer es desaparecida como parte de la violencia de género, por ejemplo, cuando se oculta a una mujer víctima de violencia doméstica o se oculta su cadáver después de haber sido víctima de feminicidio. El género opera como consecuencia cuando durante la desaparición se perpetran actos de violencia de género en contra de ella, aun cuando como objetivo inicial la desaparición no estuviera motivada por el género, por ejemplo, por tratarse de un secuestro.

Esta conexión entre la violencia de género y el fenómeno de las desapariciones en el país también lo han señalado desde 2012 diversos organismos internacionales, entre ellos el Comité contra la Tortura (2012), el Comité contra las Desapariciones Forzadas (2015) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2018). Este último recomendó que se adopten medidas “de carácter urgente para prevenir las muertes violentas, los asesinatos y las desapariciones forzadas de mujeres, en particular combatiendo las causas profundas de esos actos, como la violencia armada, la delincuencia organizada,

el tráfico de estupefacientes, los estereotipos discriminatorios, la pobreza y la marginación de las mujeres”.¹²

La violencia que vive el país traslapa las distintas causas y consecuencias, así como a los diferentes perpetradores, afectando a aquellos sectores que viven una mayor opresión, como es el caso de las mujeres y las niñas. La reforma constitucional se generó, discutió y aprobó al margen de esta realidad. No existe por un lado la violencia de género y por otro la violencia estatal y criminal, ambos hacen parte de un mismo régimen de violencia que se fortalece mutuamente y resulta en una mayor opresión de las mujeres y niñas. La mirada está puesta hoy en la búsqueda de las personas desaparecidas, pero los derechos humanos deben llevarnos a pensar también en estrategias y mecanismos para lograr el cese de estas violaciones graves. Se trata de problemas estructurales que nos hablan también de una crisis estatal que se sirve del régimen de violencia y lo perpetúa.

IV. REFLEXIONES FINALES

La mirada constitucional es una perspectiva desde arriba que requiere completarse con lo que sucede en lo cotidiano, en los espacios cercanos a la gente. La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 debe evaluarse como un proceso gradual en el tiempo. La SCJN ha tenido avances importantes en el reconocimiento de los derechos de las mujeres, pero muchas veces sus decisiones no alcanzan a llegar a las y los jueces locales y mucho menos a las y los fiscales de las distintas entidades federativas. Sentencias como la de Mariana Lima y Karla Pontigo están dirigidas a las fiscalías, algunas de las cuales siguen siendo reticentes al cumplimiento de la Constitución en materia de derechos humanos y, particularmente, a la protección de los derechos de las mujeres. Los estándares no caen solos, se hace necesario traducirlos e impulsar mecanismos de internalización y apropiación.

Igualmente, al tratarse de las instituciones especializadas en violencia de género, debe reconocerse que sus diseños son parciales y que dependen de las instituciones centrales, como seguridad pública y fiscalías. No se trata de un simple problema de coordinación, sino que tiene que ver con un diseño parcial que no incorpora a los tomadores de decisiones y que, al hacerlo, impide la protección de mujeres y niñas. La Constitución no solo establece derechos, sino también obligaciones que las distintas autoridades deben cumplir, particularmente las de

¹² Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México*, Ginebra, Naciones Unidas, 25 de julio de 2018, párr. 24.

proteger y garantizar. La demanda social y política no debe ser un tema de coordinación institucional, sino del cumplimiento de las obligaciones que ya corresponden a cada autoridad. Además, la mirada local no debe dejarse de lado. Es en el nivel municipal donde las mujeres debemos encontrar rutas de atención y protección y es en ese nivel donde la promesa constitucional todavía está muy lejana.

La violencia contra la mujer no solo ocurre en las casas, cada vez más ocurre en los espacios públicos, por muy distintos perpetradores. Ocurre en el espacio público y en el privado, por los familiares, pero también por desconocidos. La desaparición de mujeres cruza espacios y perpetradores. Las estrategias tradicionales en contra de la violencia de género pueden dejar fuera muchas desapariciones de mujeres producto del contexto de violencia estatal y criminal y, al mismo tiempo, las estrategias de defensa de derechos humanos pueden dejar fuera muchas desapariciones de mujeres producto de violencia doméstica. Siendo este uno de los principales problemas de derechos humanos en México, resulta difícil construir un camino desde la Constitución hasta esta imperante realidad, como sucede con todas las violaciones graves de los derechos humanos. Se trata de un problema estructural, por ser producto de un Estado tanto patriarcal como criminal. La solución no está en el andamiaje de derechos, pero sí debe llegarse a ella a partir de un enfoque de derechos.

A diez años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, los problemas son más, pero también las posibilidades de exigencia.

V. BIBLIOGRAFÍA

- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México*, Ginebra, Naciones Unidas, 25 de julio de 2018.
- DATA CÍVICA, “Claves para entender y prevenir los asesinatos de mujeres en México”, México, Data Cívica, Open Society Foundations y Programa de Derecho a la Salud (CIDE), 2019.
- SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, *Sistema para el seguimiento y atención de recomendaciones internacionales en materia de derechos humanos*, México, 2021. <https://seridh.sre.gob.mx/publico>
- SERRANO, Sandra, *La recepción de los criterios interamericanos en las cortes de Colombia y México: de las ideas a los resultados*, México, IIJ-UNAM, 2021.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género, haciendo realidad el derecho a la igualdad*, 1 ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.

Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, No. 205, 16 de noviembre de 2009.

CORTE IDH, Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, No. 215, 30 de agosto de 2010.

CORTE IDH, Caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, No. 216, 31 de agosto de 2010.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), Primera Sala, Mariana Lima, Amparo en Revisión 554/2013, 25 de marzo de 2015.

SCJN, Primera Sala, Karla Pontigo, Amparo en Revisión 1284/2015, 13 de noviembre de 2019.

3.

LA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

LA CLÁUSULA DE INTERPRETACIÓN CONFORME EN LA ARGUMENTACIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ximena María Medellín Urquiaga*

RESUMEN

El objetivo de este artículo es analizar la práctica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) a la luz de distintas nociones de la cláusula de interpretación conforme. Con ello, se procura identificar tendencias en el desarrollo argumentativo de la hermenéutica jurídica en el marco de la Constitución política mexicana y los tratados internacionales suscritos por México. A partir de una revisión pormenorizada de diversas decisiones y resoluciones emitidas por la SCJN en la última década, se encuentra que el uso de la cláusula de interpretación conforme ha operado en un sentido prioritariamente relacional. Es decir, de manera que se vincule el significado de una disposición secundaria a un parámetro superior. Esto no excluye, sin embargo, el creciente uso de un ejercicio dialógico entre normas constitucionales e internacionales que, al menos en la doctrina judicial, se ha identificado también con la cláusula de interpretación conforme en la Constitución mexicana.

I. INTRODUCCIÓN

La interpretación conforme ha tomado una indudable relevancia en el discurso jurídico mexicano durante la última década. Su introducción expresa en el diseño constitucional, a través de la reforma en materia de derechos humanos de 2011, abrió nuevas puertas para la labor hermenéutica a distintos niveles y en diversos

* Profesora-Investigadora Titular, División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas. Doctora en Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Maestra en Derecho, Universidad de Notre Dame; Licenciada en Derecho, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. ximena.medellin@cide.edu

contextos. Sin embargo, queda aún mucho camino por recorrer para contar con una práctica consistente, que resulte efectivamente en una mejor argumentación de los derechos humanos en sede judicial.

En la literatura jurídica se han propuesto al menos dos nociones del concepto de interpretación conforme que, aunque con un claro potencial complementario, distan mucho de tener las mismas implicaciones para la práctica argumentativa. En la primera de estas, la interpretación conforme es una técnica a través de la cual se determina el significado de una disposición secundaria, considerando su compatibilidad, relación o apego a los principios, valores o reglas constitucionales e internacionales aplicables. Para fines de este trabajo, esta acepción se denominará *interpretación conforme relacional*. Desde otra perspectiva, la interpretación conforme conduce a un ejercicio dialógico, a través de un sistema general de reenvíos, entre normas de distintos cuerpos normativos; particularmente la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y los tratados internacionales. Lo anterior, con el objetivo de construir de manera expansiva y progresiva el contenido normativo de los derechos. Cuando se haga referencia a esta segunda noción, en este trabajo se utilizará el término de *interpretación conforme integradora*.

Ninguno de estos conceptos está exento de problemas. La práctica jurídica se beneficiaría de una construcción cada vez más sólida de aquellos, a través del análisis crítico de sus sustentos teóricos. Este no es, sin embargo, el objetivo del presente trabajo. La pregunta central del mismo es si la práctica judicial reciente de la SCJN puede encuadrarse en una o varias nociones de la interpretación conforme, de manera que sea posible identificar ciertas tendencias en el desarrollo argumentativo de la cláusula respectiva en la Constitución mexicana. De manera complementaria, se plantean también algunas consideraciones generales respecto a la interacción entre la interpretación conforme frente a otros métodos hermenéuticos, teniendo como referencia las mismas sentencias de la SCJN.

Este capítulo se desarrolla en cuatro apartados generales. En el primero de ellos se expone una breve síntesis de las nociones más reconocidas en el ámbito académico, respecto a la interpretación conforme. En el segundo apartado se presenta el análisis de diversas decisiones de la SCJN, con respecto a la interpretación conforme relacional. En la tercera sección se plantea el examen de algunas de las resoluciones de la misma Corte, a través de las cuales se puede explorar cómo se ha dado la interacción entre normas constitucionales e internacionales. La cuestión a dilucidar es si el razonamiento práctico de la SCJN se puede vincular con la noción de la interpretación conforme integradora. En el último apartado se presentan las conclusiones generales del trabajo, en forma de algunas reflexiones finales.

II. LA INTERPRETACIÓN CONFORME EN EL MODELO DE CONTROL DE REGULARIDAD DESDE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: DOS NOCIONES COMPLEMENTARIAS

A pesar de su tardía incorporación en la Constitución mexicana, la cláusula de interpretación conforme relacional tiene una larga trayectoria en el constitucionalismo comparado.¹ Su relevancia está directamente vinculada con la operación del principio de preservación de las normas que resultan de la actividad legislativa de los órganos democráticamente electos. El peso que tiene la producción jurídica por parte de la representación popular conduce a que la legislación goce, en general, de una presunción de constitucionalidad que no puede ser derrotada fácilmente por los órganos judiciales. En consecuencia, antes de determinar la inconstitucionalidad (o inconveniencia) de una disposición normativa es menester corroborar que ninguno de sus posibles significados sea compatible con el marco constitucional relevante.² De esta forma se evita, además, la generación de vacíos normativos innecesarios, que resultan de la inaplicación o la invalidez de una norma secundaria.

Dentro de este marco general, Ricardo Guastini concibe la interpretación conforme como “una especie del género de interpretación sistemática entendida en sentido lato”,³ la cual “previene las antinomias y/o las incongruencias axiológicas entre normas formuladas por textos normativos *distintos y jerárquicamente ordenados* [nota omitida], evitando extraer de una determinada disposición [...] una norma que estaría en conflicto con otra norma, previamente extraída de una disposición perteneciente a un texto normativo distinto y jerárquicamente *superior*”.⁴

¹ Véase, por ejemplo, Fernández Cruz, José Ángel, “La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual”, *Revista Ius et Praxis*, año 22, núm. 2, 2016, pp. 153-188; Da Silva, Virgilio Afonso, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 12, enero-junio de 2005, pp. 3-28; Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, núm. 146, 2016, pp. 13-59.

² Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Tesis 1a. CCLXXX/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 337, Registro 2018696.

³ Guastini, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 295.

⁴ *Idem*, énfasis en el original. A mayor precisión de su argumento, Guastini detalla qué debe entenderse por una norma “superior” para fines de la interpretación conforme. Nuevamente, en palabras de este autor, “la ‘superioridad’ en cuestión puede ser, indiferentemente, (a) una superioridad material (como aquella que media entre constitución y ley), (b) una superioridad estructural (como aquella que media entre ley de delegación y decreto legislativo delegado) [nota omitida], o (c) una superioridad axiológica (como aquella que media entre los principios generales o fundamentales del ordenamiento o de una determinada materia y el resto de las normas) [nota omitida]”, *idem*.

Una pregunta que surge de la definición es si, en cuanto una especie de la interpretación sistemática, la interpretación conforme es una técnica hermenéutica en sí misma o, por el contrario, debe operar como un paso posterior a la interpretación (en sentido escrito) con el objetivo de seleccionar la norma o normas que resulten acordes con el propio parámetro superior.

Esta *otra* forma de concebir la interpretación conforme relacional se plantea en trabajos de autores como Virgílio Afonso da Silva. En sus palabras, el concepto que se ha expandido en la dogmática jurídica con base en la práctica judicial alemana implica, de forma general, que, “cuando hay más de una interpretación posible para un dispositivo legal, se debe dar preferencia a aquélla que sea conforme a la Constitución”.⁵

Mucho se ha escrito sobre el tema de la interpretación conforme relacional en la última década. Como se apuntó al inicio de este texto, la finalidad del mismo no es profundizar en la crítica conceptual de ninguno de los trabajos que aquí se sintetizan, sino solamente presentarlos como referentes para un análisis de distintas decisiones de la SCJN. Por lo tanto, no se ahondará más en el tema.⁶

En paralelo a los trabajos respecto a la interpretación conforme relacional, la dogmática jurídica mexicana también ha vinculado la cláusula correspondiente del artículo 1o. constitucional con un ejercicio argumentativo sustantivamente diferente.⁷ Se trata, según Eduardo Ferrer Mac-Gregor, de una “técnica hermenéutica”⁸ que permite la armonización de derechos reconocidos en un texto constitucional “con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como [con] la jurisprudencia de tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales) para lograr su mayor eficacia y protección”.⁹

⁵ Da Silva, *op. cit.*, pp. 4-5.

⁶ Para otros estudios críticos sobre la interpretación conforme relacional se sugiere consultar, por ejemplo, Da Silva, *op. cit.*; Caballero Ochoa, José Luis y García Huerta, Daniel Antonio, “Los rumbos jurisprudenciales de la interpretación conforme: alcances y límites de su aplicación en la Corte Suprema mexicana”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 41, julio-diciembre de 2019, pp. 35-82.

⁷ Para una perspectiva comparada sobre la interpretación conforme integradora véase, por ejemplo, Santolaya, Pablo, “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 447-456.

⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Salazar Ugarte, Pedro y Carbonell Sánchez, Miguel (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, México, 2011, p. 358.

⁹ *Idem*.

En una visión más expansiva, José Luis Caballero Ochoa destaca que el “acento de la cláusula de interpretación conforme es el reconocimiento de que los derechos contenidos en las constituciones y en los tratados internacionales constituyen órdenes normativos mínimos de envío necesario hacia otros ordenamientos para efecto de su ampliación. Es el diseño constitucional que corresponde a normas que buscan expandirse al presentarse como sedimentos mínimos de la ampliación progresiva”.¹⁰ Para este autor, entonces, la cláusula de interpretación conforme en la Constitución mexicana tiene una finalidad integradora, con miras a una construcción cada vez más amplia del contenido de los distintos derechos. No importa si las disposiciones que se incorporen en este proceso hermenéutico están contenidas en la Constitución federal, los tratados internacionales u otros ordenamientos generales, federales o estatales. El foco de atención de un ejercicio hermenéutico de estas características será siempre lograr la construcción más amplia de los derechos, tomando como pisos mínimos (nunca como topes máximos) las normas constitucionales e internacionales correspondientes.

El propio Caballero Ochoa ha destacado algunos puntos importantes del modelo de interpretación conforme integradora. Entre ellos, el hecho de que la interpretación no siempre tiene que partir de una norma constitucional que permita el envío hacia un tratado internacional, sino que puede centrarse en derechos reconocidos solo en estos últimos.¹¹ La idea del efecto directo de los tratados internacionales como parámetros de control autónomos abre también la posibilidad de incluir una diversidad de normas internacionales, incluso si formalmente corresponden a distintos sistemas de protección y promoción de los derechos humanos.¹² En la medida en que todos los tratados internacionales de los que México sea parte se han incorporado en igualdad de condiciones al marco jurídico mexicano, no hace ninguna diferencia si los mismos se originaron en uno u otro sistema internacional. En consecuencia, una disposición del Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) o de la Convención para Eliminar todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw) podrán interpretarse conforme (o en unión) con artículos de la Convención Americana sobre Derechos

¹⁰ Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme en el modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, 2 ed., México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2015, pp. 32-33.

¹¹ *Ibidem*, pp. 117-120, 128-138.

¹² Para una mirada introductoria a los distintos sistemas de protección y promoción de los derechos humanos, incluidos el sistema universal y el sistema interamericano, véase, por ejemplo, Buergenthal, Thomas, “The Evolving International Human Rights System”, *The American Journal of International Law*, vol. 100, núm. 4, 2006, pp. 783-807.

Humanos (CADH) o de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar Tortura, solo por citar unos ejemplos en abstracto y de manera aleatoria.

Sin pretender agotar un debate tan amplio como el que rodea la noción de la interpretación conforme integradora, esta breve síntesis pretende, como se advirtió previamente, servir como referencia general para el análisis de la práctica jurídica desarrollada por la SCJN durante los últimos años. En el apartado correspondiente, una pregunta fundamental será si las decisiones examinadas presentan algunos o varios de los rasgos que deberían caracterizar la interpretación conforme integradora, según las propuestas dogmáticas desarrolladas en torno al tema, más allá de si efectivamente se hace referencia o no a dichos términos en el contexto de cierto tipo de argumentación.

III. LA INTERPRETACIÓN CONFORME RELACIONAL EN LA PRÁCTICA DE LA SCJN

Los primeros criterios de la SCJN en relación con la cláusula de interpretación conforme se insertaron dentro de una doctrina judicial más amplia sobre los contornos, alcances, implicaciones y operación del control de convencionalidad (y constitucionalidad) *ex officio* en México. La reforma constitucional en derechos humanos de 2011 condujo a un replanteamiento de las facultades de los órganos jurisdiccionales, en línea con las obligaciones estatales en la materia. Uno de los resultados más inmediatos fue la *reactivación* del control difuso de constitucionalidad por parte de todos los órganos judiciales, ahora también con la perspectiva añadida de la doctrina del control de convencionalidad desarrollada por órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

El Expediente Varios 912/2011¹³ marcó el punto de partida para una *reconstrucción*, más deliberada y propositiva, de los parámetros generales que deberían utilizarse en la argumentación judicial de derechos humanos en México. Esta decisión ha sido materia de múltiples análisis durante la última década, por lo que no es necesario entrar a un examen detallado de la misma.¹⁴ Basta por ahora con destacar que, en la misma, la SCJN claramente identificó la interpretación conforme con un ejercicio de argumentación secuenciada, que en su sentido estricto

¹³ Expediente Varios 912/2010, Pleno, Mayoría de siete votos (considerando séptimo), Ministra Ponente: Margarita Luna Ramos, Ministro Encargado del Engrose: José Ramón Cossío Díaz, Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio, 14 de julio de 2011.

¹⁴ Véase, por ejemplo, Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*; Cossío Díaz, José Ramón, "Primeras implicaciones del caso Radilla", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 26, junio-diciembre de 2012, pp. 31-63; Caballero, José Luis, "La interpretación conforme en el escenario mexicano. Algunas pautas para su aplicación a cinco años de la Reforma Constitucional de 2011", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año II, núm. 3, junio-diciembre de 2016, pp. 37-62.

tiene como objetivo la selección del significado normativo de enunciados jurídicos que sea compatible o esté de acuerdo con el parámetro de regularidad aplicable.

1. Contornos de la interpretación conforme relacional en la doctrina jurídica mexicana

Sin lugar a dudas, la propuesta de la SCJN respecto a la interpretación conforme en sentido estricto corresponde a lo que, para fines de este trabajo, se ha denominado *interpretación conforme relacional*. En palabras de la SCJN, esta forma de operar la cláusula de interpretación conforme tiene como consecuencia agregar una dimensión adicional a la eficacia normativa directa de la Constitución —o de los tratados internacionales, como se verá más adelante—, al utilizarla “como marco de referencia o criterio dominante en la interpretación de las restantes normas”.¹⁵ Su vínculo con el principio de preservación de las normas legislativas también lo ha destacado la propia SCJN, al establecer que

... antes de considerar a una norma jurídica como constitucionalmente inválida, es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución y que le permita, por tanto, subsistir dentro del ordenamiento; de manera que sólo en el caso de que exista una clara incompatibilidad o una contradicción insalvable entre la norma ordinaria y la Constitución, procedería declarar la inconstitucional. En esta lógica, el intérprete debe evitar en la medida de lo posible ese desenlace e interpretar las normas de tal modo que la contradicción no se produzca y la norma pueda salvarse.¹⁶

De la misma forma, la SCJN ha diferenciado entre las cuestiones de constitucionalidad o de mera legalidad, cuando se trata de la operación de la interpretación conforme. En aquellos casos en que la interpretación de la norma secundaria conduce a la selección de uno de sus posibles significados para sujetarse al marco constitucional o convencional, se estará, evidentemente, ante un escenario de control de regularidad que requiere una verdadera argumentación constitucional. En contraste, si ninguno de los significados de la disposición secundaria resulta constitucional o convencionalmente inválidos, se estará ante cuestión de mera legalidad. Incluso cuando la interpretación de aquella conlleve

¹⁵ Amparo en Revisión 159/2013, Primera Sala, Mayoría de 4 votos, Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Secretario: Javier Mijangos y González, 16 de octubre de 2013, p. 47.

¹⁶ SCJN, Tesis 1a./J. 37/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 42, t. I, mayo de 2017, p. 239, Registro: 2014332. El criterio se estableció originalmente en el Amparo Directo en Revisión 159/2013, *cit.* La interpretación conforme propuesta en esa decisión fue rechazada en un caso posterior, resuelto por la propia Primera Sala de la SCJN. Véase Amparo en Revisión 1368/2015, Primera Sala, Unanimidad de 5 votos, Ministro Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Secretaría: María Dolores Igareda Diez de Sollano, 13 de marzo de 2019, pp. 55-56.

un ejercicio hermenéutico de relación con otras disposiciones del sistema jurídico mexicano.¹⁷

En conjunto con estos criterios, la SCJN también ha precisado que los órganos judiciales no están obligados a realizar una interpretación conforme antes de aplicar una norma en el caso concreto. En el Amparo Directo en Revisión 3200/2012,¹⁸ la Primera Sala de la SCJN determinó que el control judicial de oficio, incluida la interpretación conforme en sentido estricto, solo es necesario cuando existe una duda o sospecha sobre la *incompatibilidad* de una disposición jurídica con los parámetros de control constitucionales o convencionales.¹⁹ En la misma sentencia se destaca que

... no todos los escenarios de aplicación de una norma representan problemas interpretativos. [...] En materia de derechos humanos las dudas que puede generar una norma tienen que ver con una posibilidad real o potencial de invalidez sustantiva, esto es, con una determinación justificada del juez en el sentido de que la norma genera dudas o resulta sospechosa de cara al orden constitucional o convencional.²⁰

Por el contrario, si el órgano judicial no identifica tal posibilidad, tampoco será necesario que justifique por qué considera que la norma sí es constitucional y convencional.²¹

La SCJN también ha destacado que la operación de la interpretación conforme relacional, junto con el principio *pro persona*, es un mandato constitucional obligatorio, en caso de que efectivamente se opere esta forma de control –sea de oficio o a petición de parte–. En otras palabras, si bien los órganos judiciales no siempre tienen que llevar a cabo una interpretación conforme de oficio, de hacerlo, están obligados constitucionalmente a elegir la interpretación que se ajuste al

¹⁷ Amparo Directo en Revisión 2177/2014, Primera Sala, Unanimidad de 5 votos, Ministro Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, Secretario: Alfonso Francisco Trenado Ríos, 19 de noviembre de 2014.

¹⁸ Amparo Directo en Revisión 3200/2012, Primera Sala, Unanimidad de 5 votos, Ministro Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán, 8 de mayo de 2013.

¹⁹ SCJN, Tesis 1a./J. 4/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 27, t. 1, febrero de 2016, p. 430, Registro 2010954.

²⁰ Amparo Directo en Revisión 3200/2012, *cit.*, p. 27, énfasis en el original.

²¹ En el caso concreto, el quejoso –sentenciado previamente por la comisión del delito de violencia familiar– solo hizo valer el argumento de la inconstitucionalidad del artículo del Código Penal de la Ciudad de México que establece los requisitos para la suspensión de la pena privativa de la libertad, en los conceptos de violación del juicio de amparo. Dicho alegato no se había presentado ante el juicio penal o la apelación respectiva. La Primera Sala sí entró, en consecuencia, a conocer sobre la compatibilidad de la disposición señalada con el derecho a la libertad personal, según ha sido reconocido en fuentes nacionales e internacionales. Lo anterior, a pesar de sostener, como se dijo previamente, que, si no existe duda sobre dicha incompatibilidad, la persona juzgadora no está obligada a realizar una interpretación conforme de oficio antes de aplicar la norma al caso bajo su conocimiento, a menos que medie una petición de parte.

parámetro constitucional y convencional en derechos humanos, de manera que se favorezca la protección más amplia de las personas. En términos textuales, la Primera Sala de la SCJN afirmó que “*el intérprete no es libre de elegir, sino que debe seleccionarse la opción interpretativa que genere mayor o mejor protección a los derechos*”.²²

De manera paralela, la SCJN ha construido un límite claro a la operación de la interpretación conforme, cuando la presunción de inconstitucionalidad e inconventionalidad recae sobre normas discriminatorias. Este criterio fue afirmado en casos como los de los Amparos en Revisión 710/2016²³ y 1368/2015.²⁴ En esta última decisión, la Primera Sala de la SCJN enfatizó que “como premisa hermenéutica debe considerarse que las normas discriminatorias no admiten interpretación conforme”.²⁵

En Amparo en Revisión 710/2016, la Segunda Sala concluyó que, si bien es cierto que muchas de las normas que rigen la incorporación de cónyuges, concubinas o concubinos al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (Issste) se plantean en términos neutros, otras claramente apuntaban a la relación hombre-mujer con exclusión de parejas del mismo sexo. Con base en dicho análisis, la Sala sostuvo que el órgano legislativo había incumplido con sus obligaciones, al emitir una legislación que, al menos en ciertas porciones normativas, generaba una distinción injustificada y, por ende, discriminatoria.

El criterio de la Sala apunta, en este caso, a la imposibilidad de realizar una interpretación conforme relacional para preservar las normas impugnadas, ya que esto “no repara el trato diferenciado generado, pues lo pretendido por las personas discriminadas es la cesación de la constante afectación generada y la inclusión expresa en el régimen jurídico en cuestión”.²⁶ A mayor énfasis, la misma Sala destacó que

... realizar una interpretación conforme implicaría que este Tribunal constitucional ignore o desconozca que el legislador incumplió con la obligación positiva de configurar los textos legales evitando cualquier forma de discriminación, ya sea en su lectura o en su

²² SCJN, Tesis XIX.1o. J/7 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 72, t. III, noviembre de 2019, p. 2000, Registro 2021124 (énfasis agregado). Esta tesis se derivó del Amparo Directo en Revisión 7326/2017. Para más detalles sobre el asunto, véase la nota 36 *infra*.

²³ Amparo en Revisión 710/2016, Segunda Sala, Unanimidad de 5 votos, Ministro Ponente: Javier Laynez Potisek, Secretarios: Carlos Alberto Araiza Arreygue y Ron Snipeliski Nischli, 30 de noviembre de 2016.

²⁴ Amparo en Revisión 1368/2015, Primera Sala, Unanimidad de 5 votos, Ministro Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Secretaria: María Dolores Igareda Diez de Sollano, 13 de marzo de 2019.

²⁵ Amparo en Revisión 1368/2015, *cit.*, p. 54.

²⁶ Amparo en Revisión 710/2016, *cit.*, p. 56.

aplicación y, además, que esta Corte procure una intelección de los preceptos que permita la subsistencia de un texto normativo que es a todas luces discriminatorio.²⁷

La precisión con que se han establecido criterios sobre el sustento o alcance de la interpretación conforme no necesariamente se refleja, sin embargo, en una claridad suficiente por lo que toca a la relación de dicha cláusula y otras técnicas de interpretación jurídica. Sobre este punto versa la siguiente sección.

2. LA INTERPRETACIÓN CONFORME RELACIONAL

FRENTE A OTRAS TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

El 16 de mayo de 2018, la Primera Sala de la SCJN resolvió el Amparo en Revisión 7326/2017. En el mismo se planteaba la necesidad de realizar una interpretación conforme y *pro persona* de los artículos 241²⁸ y 243 del Código Federal de Procedimientos Civiles, con el fin de ampliar los plazos para presentar agravios en un recurso de apelación en la vía civil ordinaria.²⁹ Sobre esta posibilidad, la Primera Sala sostuvo que, como criterios de validación de la sección de una interpretación específica, tanto la operación de la interpretación conforme como el principio *pro persona* deben ir precedidos por “la asignación de significado a la norma jurídica”, de modo que “sea fruto de una interpretación válida, es decir, la derivada de algún método de interpretación jurídica, ya sea el gramatical, el sistemático, el funcional, el histórico o algún otro”.³⁰ En consecuencia, según esta decisión de la SCJN, la interpretación conforme relacional no puede entenderse como un método hermenéutico autónomo que pueda operar para dotar de significado, por sí mismo, a una disposición.

²⁷ *Ibidem*, p. 57.

²⁸ Artículo 241 del Código Federal de Procedimientos Civiles: “La apelación debe interponerse ante el tribunal que haya pronunciado la resolución, en el acto de la notificación o, a más tardar, dentro de los cinco días siguientes de que cause estado, si se tratare de sentencia, o de tres, si fuere de auto”.

²⁹ El alegato se sostenía en el derecho al acceso a la justicia, conforme al cual se pretendía que el artículo 243 del CFPC tuviera una resignificación, vía un ejercicio relacional o “sistémico” con otras normas del propio código. El resultado sería, según se alegó en los agravios correspondientes, utilizar el plazo más amplio contemplado en el artículo 241 del CFPC, en contraste con aquel previsto en el propio artículo 243 de dicho código, de manera que se favoreciera la protección más amplia del derecho al acceso a la justicia del quejoso.

³⁰ Amparo Directo en Revisión 7326/2017, Primera Sala, Unanimidad de 5 votos, Ministro Ponente: José Ramón Cossío Díaz, Secretaria: Mónica Cacho Maldonado, 16 de mayo de 2018. Este mismo criterio fue recogido por la Tesis Aislada 1a. CCLXIII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 337, Registro 2018696.

Esta misma aproximación se ha utilizado en otros casos, tales como el Amparo Directo 30/2013³¹ y el Amparo Directo 35/2014.³² En el primero de los asuntos, la Primera Sala de la SCJN determinó que la porción normativa que se refiere a “la situación económica de la víctima” en el artículo 1916 del Código Civil del entonces Distrito Federal sería constitucional si, y solo si, entiende como uno de los elementos para el cálculo de la indemnización correspondiente las consecuencias patrimoniales del daño moral.

Esta conclusión se construye a través de una secuencia argumentativa que vale la pena detallar. Como primer paso, la Primera Sala recurre al examen de: 1) la historia legislativa de la institución del daño moral, 2) su noción dentro del sistema jurídico mexicano, así como 3) el desarrollo dogmático de la misma en distintos trabajos académicos. Con estas bases, concluye que, efectivamente, a través de la acción por daño moral se pueden indemnizar las consecuencias tanto extrapatrimoniales como patrimoniales.³³ Una vez que se obtienen estas dos opciones, la pregunta es si la “situación económica de la víctima” puede utilizarse para determinar una y otra o si, por el contrario, alguna de estas resultaría en la inconstitucionalidad de la porción normativa –como lo plantearon los recurrentes–. Para responder a esta cuestión, la Primera Sala realiza un ejercicio de igualdad, mediante el cual se concluye que

... la situación económica de la víctima no es útil para medir la calidad y la intensidad del daño extrapatrimonial, por lo que, no conduce a satisfacer el derecho a una justa indemnización. La condición social de la víctima no incide, aumenta o disminuye, el dolor sufrido. Lo contrario llevaría a afirmar que una persona con mayores recursos sufre más la muerte de un hijo que una persona con menores recursos o, que una persona con bajos ingresos merece una mayor indemnización que una persona económicamente privilegiada. Lo anterior resulta a todas luces irracional.³⁴

³¹ Amparo Directo 30/2013, Primera Sala, Unanimidad de 5 votos, Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Secretaría: Ana María Ibarra Olguín, 26 de febrero de 2014.

³² Amparo Directo 35/2014, Primera Sala, Unanimidad de 4 votos, Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Secretaría: Ana María Ibarra Olguín, Secretario Auxiliar: Roberto Niembro Ortega, 15 de mayo de 2015.

³³ Sobre este punto, la propia decisión apunta que la dimensión patrimonial del daño moral abarca: “i) *los gastos devengados derivados del daño moral*, estos pueden ser los gastos médicos derivados de las afectaciones a los sentimientos y psique de la víctima, si se demuestra que tal daño generó consecuencias médicas; y ii) *los gastos por devengar*. En este rubro pueden ubicarse aquellos daños futuros (costo del tratamiento médico futuro, por ejemplo el costo de las terapias psicológicas durante el tiempo recomendado por el médico) o ganancias no recibidas derivadas de la afectación a los derechos y bienes morales (por ejemplo, si derivado de una fuerte depresión la víctima se ve imposibilitada a trabajar)”. Amparo Directo 30/2013, *cit.*, p. 97 (énfasis en el original).

³⁴ *Ibidem*, p. 108.

Con estas bases se establece que la porción normativa impugnada no puede resultar constitucional, si se adscribe a la valoración de las consecuencias extra-patrimoniales del daño moral. Por el contrario, si “la situación económica de la víctima” se restringe exclusivamente a la determinación de la afectación patrimonial, la disposición satisface un escrutinio estricto de igualdad, por lo cual no es discriminatoria.³⁵ Esta es, entonces, la interpretación conforme a la Constitución y los tratados internacionales, entre las dos opciones jurídicamente posibles. Este criterio fue replicado por la Primera Sala en el Amparo Directo 35/2014, al sostener una interpretación conforme en el mismo sentido del artículo 7.159 del Código Civil para el Estado de México.

Un ejemplo más del ejercicio de la SCJN por lo que corresponde a la interpretación conforme relacional. En el Amparo Directo en Revisión 6268/2019,³⁶ la Segunda Sala de la SCJN se pronunció respecto a la constitucionalidad del primer párrafo del artículo 18 de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político (LRPCAP)³⁷ y del artículo 19 del reglamento correspondiente.³⁸ La decisión abarca un amplio espectro de métodos de argumentación y adjudicación constitucional, incluido un análisis de proporcionalidad del propio artículo 18 de dicha ley. En todo caso, para fines de este trabajo, lo que interesa es el ejercicio de interpretación conforme que realiza la Sala respecto a la disposición reglamentaria impugnada.

En los agravios, la recurrente reiteró que el establecimiento de un plazo para solicitar el refugio pone en riesgo los derechos de las personas, pues a los solicitantes se les priva de “una correcta evaluación de su solicitud y riesgos que pueda[n] sufrir en caso de su devolución, por lo que se traduce en un rechazo mecánico de su solicitud”.³⁹ Incluso considerando que tanto la LRPCAP como su reglamento prevén una excepción a dicho plazo, la misma resulta contraria a la garantía de los derechos de las personas refugiadas, pues “sujeta a que el extranjero acredite

³⁵ *Ibidem*, pp. 109-111.

³⁶ Amparo Directo en Revisión 6268/2019, Primera Sala, Mayoría de 4 votos, Ministra Ponente: Yasmín Esquivel Mossa, Secretario: Luis Enrique García de la Mora, 6 de febrero de 2020.

³⁷ Artículo 18 de la LRPCAP: “El extranjero que solicite ser reconocido como refugiado deberá presentar por escrito su solicitud ante la Secretaría dentro del término de 30 días hábiles contados a partir del día hábil siguiente al que haya ingresado al país o, en su caso, a aquél en que le haya sido materialmente posible presentarla en los términos que defina el reglamento”.

³⁸ Artículo 19 del Reglamento de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria: “Para efectos del cumplimiento del artículo 18 de la Ley, la Coordinación de manera excepcional dará trámite a las solicitudes presentadas fuera del plazo previsto, cuando el extranjero acredite que por causas ajenas a su voluntad no le fue materialmente posible presentarla oportunamente”.

³⁹ Amparo Directo en Revisión 6268/2019, *cit.*, p. 5.

que por causas ajenas a su voluntad no le fue materialmente posible presentarla oportunamente”.⁴⁰

Sobre este punto, la Segunda Sala apunta que, acorde con una “interpretación restrictiva y literal” del artículo 19 reglamentario –particularmente de la porción normativa que reza “cuando el extranjero acredite que por causas ajenas a su voluntad”–, podría concluirse que las personas solicitantes de refugio tendrían que “probar su certeza”⁴¹ sobre las causas ajenas a su voluntad que impidieron presentar la solicitud en el plazo ordinario de 30 días. En palabras de la Sala, esta interpretación implicaría “una carga excesiva y desproporcional y que estaría sujeta a una demostración reforzada y adicional sobre la imposibilidad material que tuvo para presentar la solicitud oportunamente, la cual, de no quedar demostrada, dará lugar a que la solicitud sea rechazada y, consecuentemente, ello impedirá el análisis individualizado de la referida solicitud”.⁴²

Ahora bien, cuando el mismo enunciado se interpreta de conformidad con los derechos de los refugiados, reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales, su significado será distinto. En contraste con una “prueba de certeza”, la Segunda Sala concluye que la norma debe ser entendida de acuerdo con

... un estándar probatorio mínimo, es decir, no debe ser estricta ni rigurosa o requiriendo pruebas concluyentes para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, sino que bastará para tener por acreditado que efectivamente estuvo imposibilitado para presentar su solicitud dentro del plazo de la ley, que los hechos manifestados por el solicitante y las pruebas que tuviera a su alcance, sean coherentes con el contexto de su propia situación, lo que será suficiente para que se dé trámite a las solicitudes presentadas fuera del plazo previsto en el artículo 18 de la ley.⁴³

Como complemento de este razonamiento, la sentencia también enfatiza que las autoridades competentes comparten la carga de la prueba con la persona solicitante, por lo que deben realizar distintas acciones para verificar, complementar y establecer la razonabilidad de lo que se alegue en la solicitud, además de otorgar siempre el beneficio de la duda.

Sin entrar al análisis del efecto práctico que esta decisión puede tener en la protección de los derechos de las personas solicitantes de refugio, es importante advertir que en la misma solamente se establece con precisión la técnica interpretativa que conduce a la primera opción identificada por la Sala (un significado

⁴⁰ *Ibidem*, p. 35.

⁴¹ Este es el significado explícitamente integrado en la sentencia, con una cita al *Diccionario de la Real Academia*.

⁴² Amparo Directo en Revisión 6268/2019, *cit.*, p. 39.

⁴³ *Ibidem*, p. 41.

literal y restrictivo). Menos claro es, sin embargo, el método utilizado para establecer la segunda opción. Parecería que la misma se alega como una interpretación “conforme y sistemática”, según los agravios presentados por la Cámara de Diputados y el presidente de la república, en otro asunto que también versaba sobre la institucionalidad del artículo 18 de la LRPCAP.⁴⁴

Este caso abre nuevamente la pregunta de si la interpretación conforme relational ha sido entendida por la SCJN siempre como un criterio de validación de la selección de una opción interpretativa o, por el contrario, como una especie de la interpretación sistémica.⁴⁵ La cuestión no es menor, pues, más allá de un tema meramente conceptual, el mismo conlleva una posición intrínseca respecto a la relación que existe entre la cláusula consagrada en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional frente a otras técnicas de interpretación comúnmente utilizadas en la práctica judicial.

La vaguedad con la que a veces se plantean los ejercicios interpretativos complica, aún más, la comprensión plena del razonamiento de la SCJN; máxime cuando sus conclusiones parecen abiertamente contrarias al texto de la disposición objeto de la interpretación conforme. Un ejemplo de este problema es el Amparo en Revisión 501/2014.⁴⁶

En la sentencia correspondiente, la Primera Sala de la SCJN determinó que el plazo de prescripción establecido en la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (LFRA) para el ejercicio de la acción de reparación del daño comenzaría a computar una vez *conocido* el daño o sus efectos. Lo anterior, a pesar de que el enunciado normativo en cuestión determina que el plazo iniciará a partir de que se *produzcan* dichos daños o efectos.⁴⁷ En contraste con otras decisiones comentadas previamente, esta sentencia no precisa de manera clara cuáles eran las dos opciones interpretativas de la disposición impugnada, más allá de reconocer que

⁴⁴ Véase, Amparo en Revisión 353/2019, *cit.*

⁴⁵ En este sentido se pronunció, por ejemplo, el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones al resolver la Queja 26/2018. En la tesis aislada que derivó de dicho asunto se establece que “en el sistema jurídico mexicano, la llamada interpretación conforme es una herramienta metodológica de carácter dual, que funciona como regla interpretativa para determinar el significado de enunciados normativos (fijación de las condiciones necesarias para la decisión judicial) y como criterio para calificar la validez del significado atribuido a los enunciados normativos (justificación de la decisión judicial)”. Queja 26/2018, Unanimidad de votos, Ponente: Patricio González-Loyola Pérez, Secretario: Mario Jiménez Jiménez, 12 de abril de 2018. SCJN, Tesis I.1o.A.E.78 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 56, t. II, julio de 2018, p. 1503, Registro 2017437.

⁴⁶ Amparo en Revisión 501/2014, Primera Sala, Mayoría de tres votos, Ministro Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, Secretario: Ricardo Antonio Silva Díaz, 11 de marzo de 2015.

⁴⁷ Véase el artículo 29 de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental: “La acción a la que hace referencia el presente Título prescribe en doce años, contados a partir del día en que se produzca el daño al ambiente y sus efectos”.

esta contiene dos momentos diferenciados para iniciar el cómputo del plazo de prescripción de 12 años: a saber, el momento en que se produce el daño, por un lado, en contraste con el momento en que se producen los efectos, por el otro. De esa distinción no se sigue claramente la conclusión a la que llega la Sala.

Nada en la decisión parece justificar de manera inequívoca por qué el significado se aleja del sentido corriente y legal de los términos, para concluir que el plazo de prescripción debe computarse a partir de que se tenga conocimiento de los daños o sus efectos.⁴⁸ Posiblemente, esta decisión represente otro ejemplo del uso de la interpretación conforme como una técnica de interpretación en sí misma. Sin embargo, dada la vaguedad de la argumentación respectiva, es difícil confirmar esta conclusión sin dejar lugar a dudas. Incluso en ese supuesto, la misma resolución abriría otras preguntas importantes: ¿es posible que la interpretación conforme, por sí misma, resulte en un significado que se aleja claramente del texto de la disposición?, ¿cuál sería la justificación de esta práctica?, ¿los sustentos que normalmente se identifican con el concepto de la interpretación conforme relacional (como el principio de preservación de la norma) serían suficientes para dotarla de estos alcances?

En síntesis, el análisis de algunas resoluciones emitidas por la SCJN da cuenta de un abanico de razonamientos que van desde una afirmación tajante sobre la imposibilidad de operar la interpretación conforme, sin antes identificar diversos significados jurídicamente viables que deriven del uso de distintas técnicas de interpretación, hasta la casi ausencia de cualquier método hermenéutico, más allá de la referencia genérica a la propia interpretación conforme relacional o el principio *pro persona*. En todo caso, parecería haber cierta tendencia en favor de la operación de dicha interpretación como criterio para la selección de opciones interpretativas. Sin embargo, tampoco puede descartarse su uso como técnica de interpretación en sí misma.

Las decisiones examinadas en esta sección son meros ejemplos aleatorios del uso de la interpretación conforme relacional por parte de la SCJN. No pretenden ser exhaustivos y ni siquiera pueden calificarse, metodológicamente, como una muestra representativa. No obstante, parecen suficientemente persuasivos para, cuando menos, alertar sobre la posible inconsistencia argumentativa de la SCJN

⁴⁸ Sobre este caso no sobra precisar, además, que los argumentos de la parte recurrente parecían ir también en un sentido distinto. Su alegato se refería a la insuficiencia normativa del artículo arriba referido, frente a la naturaleza muchas veces continua de los daños (o sus efectos) en materia medioambiental. Considerando que existen múltiples criterios judiciales que se refieren a la inaplicabilidad de plazos de prescripción en hechos o delitos continuos, extraña que la Sala se haya enfrascado más bien en un argumento contra la "imprescriptibilidad" de las acciones, el cual tampoco ayuda demasiado a comprender mejor la sentencia.

por lo que corresponde a 1) la noción que debe prevalecer respecto a la interpretación conforme relacional, así como 2) su vínculo o relación con otras técnicas de interpretación. Esto amerita, sin duda, un examen de mayor aliento, con miras a generar conclusiones más precisas que aporten elementos para seguir consolidando la práctica judicial en el tema.

IV. LA INTERPRETACIÓN CONFORME INTEGRADORA EN LA PRÁCTICA DE LA SCJN

El análisis de la práctica judicial respecto a la interpretación conforme relacional da lugar, ahora, a un examen enfocado a cuestionar si la SCJN también ha desarrollado ejercicios argumentativos que puedan encuadrarse en la propuesta dogmática de autores como José Luis Caballero⁴⁹ o Eduardo Ferrer Mac-Gregor.⁵⁰ En esta línea, es importante reconocer de inicio que, aunque sin hacer referencia al término de interpretación conforme (mucho menos con el calificativo de “integradora” que se le ha añadido en este trabajo), la SCJN efectivamente apuntó desde el propio Expediente Varios 912/2011 la necesaria *reconformación* del parámetro de regularidad en el modelo de control de constitucionalidad en México, a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011. Dicho parámetro, según estableció el Pleno del tribunal, se conformaría ahora por: 1) las normas constitucionales; 2) las normas internacionales en derechos humanos; 3) los criterios obligatorios emitidos por el Poder Judicial de la Federación; y 4) las sentencias de la Corte IDH.

A esta decisión inicial siguió, por supuesto, una etapa de ajustes que culminó con la bien conocida Contradicción de Tesis 293/2011.⁵¹ Más allá de las controversias que se generaron en torno de las tesis de jurisprudencia que resultaron de esta decisión,⁵² en la misma se reafirmó que tanto las normas constitucionales como las internacionales deben fungir como parámetros de control para determinar la validez de las disposiciones jurídicas y actos de autoridad dentro del sistema normativo mexicano.

⁴⁹ Véase, Caballero, “La interpretación conforme”, *cit.*; Caballero Ochoa, *La interpretación conforme en el modelo constitucional*, *cit.*; Caballero Ochoa y García Huerta, *op. cit.*

⁵⁰ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, p. 358.

⁵¹ Contradicción de tesis 293/2011, Pleno, Mayoría de 10 votos, Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Secretario: Arturo Bárcena Zubieta, Secretarios Auxiliares: Arturo Guerrero Zazuea y Santiago José Vázquez Camacho, 3 de septiembre de 2013.

⁵² Sobre el tema, véase, por ejemplo, Cossio, José Ramón *et al.*, *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011*, México, Porrúa, 2018.

Una pregunta que quedó aún abierta fue la forma en que debía establecerse la relación entre los distintos elementos del parámetro, al menos en los casos en que no existiera una restricción constitucional expresa al ejercicio de un derecho. Una de las opciones era fragmentar el parámetro, con base en la selección de la norma (constitucional o convencional) más favorable, en línea con la llamada vertiente normativa del principio *pro persona*.⁵³ Esta perspectiva llegó a operarse en asuntos como el Amparo en Revisión 151/2011⁵⁴ o la Acción de inconstitucionalidad 155/2007.⁵⁵ En contraste, la noción integradora de la interpretación conforme parte de la visión unificada del parámetro, en que las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos se unen, con miras la expansión del contenido de los derechos a través de su aplicación conjunta.

Los casos que potencialmente pueden encuadrarse en esta noción de la interpretación conforme integradora han ido en incremento. Actualmente son tan numerosos que sería imposible agotar su análisis en este breve recuento de la práctica reciente de la SCJN. No obstante, vale la pena hacer referencia a algunos asuntos que contienen elementos argumentativos de interés.

De inicio destacan, por supuesto, distintas decisiones en que la SCJN ha propuesto la integración normativa del contenido de los derechos a través de la lectura armónica o entre normas constitucionales e internacionales que, operando de forma conjunta, sirven para delinear con más claridad las posiciones, bienes o servicios amparados por el propio derecho. En esta línea se pueden citar casos como: 1) el Amparo en Revisión 501/2014 de derecho al acceso a la justicia en materia de medioambiental;⁵⁶ 2) el Amparo en Revisión 710/2016 de derechos a la seguridad social, a la vida privada, a la protección de la familia;⁵⁷ 3) el Amparo en Revisión 566/2015 de derecho a la cultura;⁵⁸ 4) el Amparo en Revisión

⁵³ Al respecto, véase, por ejemplo, Medellín Urquiaga, Ximena, *Principio pro persona. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN, OACNUDH, CDHDF, 2013; "Principio pro persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos", *Estudios Constitucionales*, año 17, núm. 1, 2019, pp. 397-440.

⁵⁴ Amparo en Revisión 151/2011, Pleno, Ministro Ponente: Sergio A. Valls Hernández, Secretarios: Adriana Cecilia Saulés Pérez, Arnoldo Castellanos Morfín y Jaime Núñez Sandoval, 12 de enero de 2012.

⁵⁵ Acción de inconstitucionalidad 155/2007, Ministro Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Encargado del Engrose: José Ramón Cossío Díaz, Secretarios: Raúl M. Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio, 7 de febrero de 2012.

⁵⁶ Amparo en Revisión 501/2014, *cit.*

⁵⁷ Amparo en Revisión 710/2016, *cit.*

⁵⁸ Amparo en Revisión 566/2015, Primera Sala, Mayoría de tres votos, Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Secretarios: José Ignacio Morales Simón y Arturo Bárcenas Zubieta, 15 de febrero de 2017.

635/2019 de derecho a la vivienda;⁵⁹ 5) el Amparo en Revisión 272/2019 de derecho a la educación inclusiva para personas con discapacidad;⁶⁰ o 6) el Amparo Directo en Revisión 6268/2019 de derechos de las personas solicitantes de refugio.⁶¹

Este último caso fue materia de análisis en el apartado previo, en ocasión de la interpretación conforme desarrollada por la Segunda Sala de la SCJN respecto al artículo 19 del Reglamento de la LRPC. La misma sentencia presenta, además, una interesante construcción de los derechos sustantivos que se utilizan como parámetro para establecer la interpretación constitucionalmente válida de la norma reglamentaria impugnada. Partiendo del artículo 11 constitucional, se comienzan a identificar los distintos derechos de los que son titulares las personas que buscan y solicitan refugio en el territorio de un tercer país, con base también en las disposiciones de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, así como la propia CADH. La referencia a los artículos constitucionales o convencionales toma más precisión con la remisión a distintos criterios internacionales sobre la materia, establecidos en sentencias u opiniones consultivas de la Corte IDH e, incluso, en documentos de distinta naturaleza emitidos por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Con los problemas que pueda tener la sentencia aludida en otros aspectos de la argumentación, este es un ejemplo interesante de la construcción de un parámetro unificado, a través de la interpretación conforme integradora de normas de fuente constitucional e internacional.

Otro ejemplo a destacar es el Amparo en Revisión 1368/2015,⁶² al que también se ha hecho ya referencia previa en este trabajo. En el mismo, la Primera Sala de la SCJN sostuvo que la capacidad de goce y ejercicio que se establecen en normas secundarias del orden jurídico mexicano “debe entenderse por capacidad conforme a la concepción plasmada en el artículo 12 de la [Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad] y el 3 de la CADH”.⁶³ Lo anterior, con el fin de establecer si la institución de la interdicción es compatible con los derechos humanos reconocidos en normas de fuente internacional.

Sin necesidad de basar su argumento en una norma constitucional, la SCJN hace una detallada construcción de dichos derechos tomando como referentes,

⁵⁹ Amparo en Revisión 635/2019, Primera Sala, Unanimidad de 5 votos, Ministra Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, Secretario: Luis Mauricio Rangel Argüelles, 17 de junio de 2020.

⁶⁰ Amparo en Revisión 272/2019, Segunda Sala, Ministro Ponente: José Fernando Franco González Salas, Secretaria: Adriana Carmona Carmona, 23 de octubre de 2019.

⁶¹ Amparo Directo en Revisión 6268/2019, *cit.*

⁶² Amparo en Revisión 1368/2015, *cit.*

⁶³ *Ibidem*, p. 37.

según se acaba de apuntar, un tratado del sistema universal de derechos humanos y, a la vez, una convención del sistema interamericano de derechos humanos. De esta manera, el caso confirma que las normas internacionales que se han integrado en el sistema mexicano se pueden operar sin distinción alguna. Aunque esto parezca obvio, marca una diferencia importante en comparación con la dinámica de argumentación de las mismas normas en sede internacional.

Junto con estos casos vale la pena destacar, asimismo, otras sentencias en las que se han incorporado en la interpretación conforme armónica instrumentos internacionales que no son, en términos formales, tratados internacionales. Un ejemplo indudablemente interesante es la sentencia en el Amparo Directo en Revisión 3200/2012.⁶⁴ En los alegatos sobre la inconstitucionalidad de los requisitos establecidos en el Código Penal de la Ciudad de México para la suspensión de una condena privativa de la libertad, el recurrente invocó diversos instrumentos, incluidas las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*.⁶⁵ Sobre este punto, la Primera Sala de la SCJN reconoció que “las llamadas Reglas de Tokio en el presente caso quedan vinculadas con el contenido del derecho humano a la libertad personal previsto” en la CADH y el PIDCP, como “instrumentos que vinculan al Estado mexicano por haberlos suscrito”.⁶⁶ En términos prácticos, las reglas referidas tuvieron un papel fundamental en el argumento avanzado por la SCJN, por medio del cual se afirmó la constitucionalidad de la disposición legislativa impugnada. De este caso destaca, así entonces, la posibilidad de incorporar al razonamiento judicial una diversidad de instrumentos internacionales, con base en la interpretación conforme integradora. Otro ejemplo interesante en el mismo sentido es el Amparo en Revisión 635/2019.⁶⁷ Con el fin de determinar si las autoridades responsables habían incumplido con su obligación de garantizar el derecho a la vivienda de las

⁶⁴ Amparo Directo en Revisión 3200/2012, *cit.*

⁶⁵ Las Reglas de Tokio fueron adoptadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990, mediante resolución A/RES/45/110.

⁶⁶ Amparo Directo en Revisión 3200/2012, *cit.*, p. 36.

⁶⁷ En este caso se alegó la omisión del Instituto Nacional de Estadística y Geografía por no: 1) realizar un censo de la población en asentamientos informales o 2) generar información estadística o de otra naturaleza pertinente. En los conceptos de violación, la quejosa apuntó que estas omisiones son parte de una discriminación institucional en contra de las personas que viven en este tipo de asentamientos, además de ser contraria a la obligación de garantizar el derecho a la vivienda. Con respecto a este punto, la demanda precisa que se viola el derecho a la vivienda, ya que la autoridad competente en la materia –el Inegi– incumplió con “su obligación de generar información estadística acerca de los servicios públicos a los que tienen acceso con el objetivo de que puedan diseñarse e implementarse las políticas públicas que las autoridades competentes consideren necesarias para mejorar el ejercicio del derecho a la vivienda de la población en asentamientos informales”. Amparo en Revisión 635/2019, *cit.*, p. 3.

personas en asentamientos informales, la Segunda Sala echó mano de la *Declaración de Pretoria de la reunión temática de Hábitat III*, con el objetivo de establecer qué debe entenderse por “asentamientos informales” y, desde ese punto, determinar si los mismos eran parte del contenido normativo del derecho a la vivienda, según se reconoce en las normas constitucionales y convencionales referidas en los conceptos de violación por la quejosa. Una vez más, en este caso, un instrumento internacional de “derecho suave” jugó un papel determinante en la interpretación conforme integradora de otras normas.

No pasa por desapercibido que en ambas sentencias se hiciera referencia al vínculo que tienen los instrumentos referidos con la interpretación de normas contenidas en tratados internacionales (en términos formales) de los que es México parte. En este sentido, aquellas podrían estar visibilizando dos niveles de la interpretación conforme integradora. Uno de ellos involucra las normas directamente aplicables al caso –en cuanto parámetros de control constitucionalmente reconocidos–, las cuales se integran para conformar el contenido normativo de los derechos relevantes. En un segundo plano, la interpretación se complementa a la luz de otros instrumentos internacionales (reglas, códigos modelo, principios, directrices, declaraciones, etcétera) que, sin embargo, no son formalmente parte del parámetro, al no constituir normas con eficacia jurídica directa en el sistema jurídico nacional. En todo caso, su incorporación al proceso de argumentación es un aspecto relevante, si no fundamental, para construir de manera más precisa las dimensiones del derecho o derechos que resulten relevantes para el caso en cuestión. Esta práctica es, además, indudablemente concordante con otros mandatos constitucionales, como el principio *pro persona*.

Por último, vale la pena también destacar que todas las sentencias referidas en esta sección hacen un uso constante y robusto de criterios judiciales o doctrinales, generados por diversos mecanismos internacionales de protección y promoción de derechos humanos. Más allá de las discusiones que pueda haber aún respecto de la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH, la realidad es que, en su práctica argumentativa, la SCJN no solo ha incorporado con fuerza la jurisprudencia interamericana, en línea con una noción amplia del control de convencionalidad, sino que también hace referencia constante, por ejemplo, a las observaciones generales publicadas por los respectivos comités de monitoreo y vigilancia de los principales tratados universales de derechos humanos.⁶⁸

⁶⁸ Los comités a los que se hace referencia son los órganos de vigilancia y monitoreo de cumplimiento de cada uno de los principales tratados internacionales del Sistema Universal de Derechos Humanos. Dentro del mismo, son conocidos como los mecanismos convencionales. Para

La mención de dichos comentarios no tiene la intención de abrir un debate sobre la justificación de incorporar precedentes o doctrinas internacionales al sistema jurídico mexicano. Ese es un tema que, aunque importante, está fuera del objetivo de este trabajo. Sin embargo, se debe reconocer el interés práctico que su uso conlleva.

A través de esta forma de “diálogo jurisprudencial” (en un sentido genuinamente amplio del concepto), la SCJN se vincula con criterios internacionales que han sido emitidos 1) por los mecanismos que, en última instancia, son responsables de la interpretación de los tratados internacionales, 2) con sustento en las reglas o principios de interpretación expresamente previstos para tales fines por el orden jurídico internacional. Esto necesariamente minimiza la posibilidad de conflictos interpretativos entre los órganos constitucionales e internacionales que, en última instancia, pueden incluso conducir a la responsabilidad internacional del Estado.

La posible armonización de los métodos de interpretación constitucional y convencionales es un asunto complejo que se vincula –sin ser equivalente a ella– con la discusión sobre la interpretación conforme integradora de normas contenidas en diversas fuentes jurídicas. Si bien este no es el espacio para entrar a profundidad en este tema, vale al menos alertar su relevancia y, sobre todo, relacionarlo con el interés práctico que tiene la incorporación de precedentes y doctrina generada por órganos internacionales, particularmente aquellos con los que el Estado mexicano tiene un vínculo jurídico-formal, con el objetivo de evitar colisiones interpretativas sobre el significado de normas internacionales de derechos humanos.

V. REFLEXIONES FINALES

Un análisis inicial de distintas decisiones emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación durante la última década da cuenta de la evolución en el uso de la cláusula de interpretación conforme, según se establece en el artículo 1o. constitucional. Una de las primeras conclusiones es que la misma se ha operado, de manera explícita o expresa, en un sentido prioritariamente relacional. Es decir, con el fin de vincular el significado de una disposición secundaria a un parámetro superior, sea en términos materiales, estructurales o axiológicos. La relevancia de este tipo de interpretación conforme yace en el diseño mismo del modelo de

mayor información al respecto se puede consultar Naciones Unidas - OHCHR, “El seguimiento de los principales tratados de derechos humanos”.

control de constitucionalidad y convencionalidad impulsado en México, a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011.

Esta tendencia no significa, por supuesto, que la práctica actual de la SCJN no genere aún preguntas importantes, muchas de ellas derivadas de la falta de claridad argumentativa que todavía marca algunas sentencias, particularmente por lo que se refiere a la forma o los métodos utilizados para dar contenido o significado a distintas disposiciones jurídicas. Sin mayor claridad en este paso, la interpretación conforme relacional a veces se plantea en un vacío argumentativo que hace difícil entender cuáles eran realmente las opciones jurídicamente posibles y porqué se considera que el significado finalmente elegido es tanto constitucional y convencional como más favorable para la protección de la persona.

De manera paralela, la práctica de la SCJN también abarca un ejercicio hermenéutico particular a través del cual se vinculan distintas disposiciones de fuente constitucional e internacional, con miras a plantear una construcción más sólida y, a la vez, propositiva del contenido normativo de los derechos. Aunque sin hacer referencia expresa a la noción de interpretación conforme (integradora), la SCJN claramente ha incorporado a su práctica una visión armónica o unificadora de normas constitucionales y/o convencionales. De esta forma, se ha reformado la idea del parámetro integrado de regularidad, lo que, aunque no está exento de retos argumentativos, parece generar mejores condiciones para la tutela judicial de los derechos.

Esta primera mirada amerita un seguimiento mucho más pormenorizado. La interpretación conforme, al igual que cualquier herramienta argumentativa en derechos humanos, no es una finalidad en sí misma. El interés por entender mejor su potencial se relaciona directamente con la necesidad de avanzar en la tutela efectiva de los derechos. Esa deberá ser la brújula que guíe la reflexión académica, como un insumo útil para fortalecer la práctica judicial.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, núm. 146, 2016, pp. 13-59.
- BUERGENTHAL, Thomas, “The Evolving International Human Rights System”, *The American Journal of International Law*, vol. 100, núm. 4, 2006, pp. 783-807.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, *La interpretación conforme en el modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, 2 ed., México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2015.

- CABALLERO OCHOA, José Luis, “La interpretación conforme en el escenario mexicano. Algunas pautas para su aplicación a cinco años de la Reforma Constitucional de 2011”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año II, núm. 3, junio-diciembre de 2016, pp. 37-62.
- CABALLERO OCHOA, José Luis y GARCÍA HUERTA, Daniel Antonio, “Los rumbos jurisprudenciales de la interpretación conforme: alcances y límites de su aplicación en la Corte Suprema mexicana”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 41, julio-diciembre de 2019, pp. 35-82.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Primeras implicaciones del caso Radilla”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 26, junio-diciembre de 2012, pp. 31-63.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón *et al.*, *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011*, México, Porrúa, 2018.
- DA SILVA, Virgílio Afonso, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 12, enero-junio de 2005, pp. 3-28.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, “La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual”, *Revista Ius et Praxis*, año 22, núm. 2, 2016, pp. 153-188.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en SALAZAR UGARTE, Pedro y CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM, México, 2011.
- GUASTINI, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, *Principio pro persona. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN, OACNUDH, CDHDF, 2013.
- MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, “Principio pro persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos”, *Estudios Constitucionales*, año 17, núm. 1, 2019.
- NACIONES UNIDAS - OHCHR, “El seguimiento de los principales tratados de derechos humanos”, <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/Overview.aspx>
- SANTOLAYA, Pablo, “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 447-456.

Jurisprudencia

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Acción de Inconstitucionalidad 155/2007, Ministro Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Encargado del

- Engrose: José Ramón Cossío Díaz, Secretarios: Raúl M. Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio, 7 de febrero de 2012.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 3200/2012, Primera Sala, Unanimidad de cinco votos, Ministro Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán, 8 de mayo de 2013.
- SCJN, Amparo Directo 30/2013, Primera Sala, Unanimidad de cinco votos, Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Secretaria: Ana María Ibarra Olguín, 26 de febrero de 2014.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 2177/2014, Primera Sala, Unanimidad de cinco votos, Ministro Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, Secretario: Alfonso Francisco Trenado Ríos, 19 de noviembre de 2014.
- SCJN, Amparo Directo 35/2014, Primera Sala, Unanimidad de cuatro votos, Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Secretaria: Ana María Ibarra Olguín, Secretario Auxiliar: Roberto Niembro Ortega, 15 de mayo de 2015.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 7326/2017, Primera Sala, Unanimidad de cinco votos, Ministro Ponente: José Ramón Cossío Díaz, Secretaria: Mónica Cacho Maldonado, 16 de mayo de 2018.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 6268/2019, Primera Sala, Mayoría de cuatro votos, Ministra Ponente: Yasmín Esquivel Mossa, Secretario: Luis Enrique García de la Mora, 6 de febrero de 2020.
- SCJN, Amparo en Revisión 151/2011, Pleno, Ministro Ponente: Sergio A. Valls Hernández, Secretarios: Adriana Cecilia Saulés Pérez, Arnoldo Castellanos Morfín y Jaime Núñez Sandoval, 12 de enero de 2012.
- SCJN, Amparo en Revisión 159/2013, Primera Sala, Mayoría de cuatro votos, Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Secretario: Javier Mijangos y González, 16 de octubre de 2013.
- SCJN, Amparo en Revisión 501/2014, Primera Sala, Mayoría de tres votos, Ministro Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, Secretario: Ricardo Antonio Silva Díaz, 11 de marzo de 2015.
- SCJN, Amparo en Revisión 710/2016, Segunda Sala, Unanimidad de cinco votos, Ministro Ponente: Javier Laynez Potisek, Secretarios: Carlos Alberto Araiza Arreygue y Ron Snipeliski Nischli, 30 de noviembre de 2016.
- SCJN, Amparo en Revisión 566/2015, Primera Sala, Mayoría de tres votos, Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Secretarios: José Ignacio Morales Simón y Arturo Bárcenas Zubieta, 15 de febrero de 2017.
- SCJN, Amparo en Revisión 1368/2015, Primera Sala, Unanimidad de cinco votos, Ministro Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Secretaria: María Dolores Igareda Diez de Sollano, 13 de marzo de 2019.
- SCJN, Amparo en Revisión 272/2019, Segunda Sala, Ministro Ponente: José Fernando Franco González Salas, Secretaria: Adriana Carmona Carmona, 23 de octubre de 2019.

- SCJN, Amparo en Revisión 635/2019, Primera Sala, Unanimidad de cinco votos, Ministra Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, Secretario: Luis Mauricio Rangel Argüelles, 17 de junio de 2020.
- SCJN, Tesis 1a./J. 4/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 27, t. 1, febrero de 2016, p. 430, Registro 2010954.
- SCJN, Tesis 1a./J. 37/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 42, t. I, mayo de 2017, p. 239, Registro 2014332.
- SCJN, Tesis I.1o.A.E.78 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 56, t. II, julio de 2018, p. 1503, Registro 2017437.
- SCJN, Tesis 1a. CCLXIII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 337, Registro 2018696.
- SCJN, Tesis XIX.1o. J/7 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 72, T. III, noviembre de 2019, p. 2000, Registro 2021124.

LA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN MÉXICO: ENCUENTROS, PROBLEMAS, TENDENCIAS Y DESAFÍOS A DIEZ AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Carlos María Pelayo Moller*

RESUMEN

Este artículo hace un balance de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en su décimo aniversario. Así, se presenta el inevitable encuentro y la difícil convivencia de dos sistemas jurídicos de donde emanan los derechos humanos en la actualidad: el derecho constitucional y el derecho internacional. Posteriormente, se destacan las tendencias que han marcado la interpretación de los derechos humanos y la nueva relación de las normas de fuente nacional e internacional en un nuevo modelo de constitucionalidad y convencionalidad. Asimismo, se abordan algunas de las dificultades que este esquema ha encontrado para desarrollarse plenamente. Aunque la reforma ha logrado la incorporación constitucional del derecho internacional en derechos humanos, aún se encuentra lejos de responder a las expectativas y necesidades del país en la materia. Para finalizar, se realiza una reflexión sobre las transformaciones de los paradigmas del constitucionalismo moderno en el panorama jurisprudencial nacional contemporáneo.

I. INTRODUCCIÓN

El 10 de junio de 2021 se cumplirá el décimo aniversario de la publicación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. En un balance de lo que

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM); Doctor en Derecho, IIJ-UNAM; LL.M. en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame (EE. UU.); Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt). carlosmoller@hotmail.com
Agradezco la lectura de una versión preliminar de este artículo a Guadalupe Martínez Zárraga.

ha pasado en esta última década, en cuanto a la vigencia de los derechos humanos, el resultado probablemente sería negativo. Sin embargo, para valorar lo bueno y lo malo que se ha hecho y lo que se ha dejado de hacer es un buen momento para hacer un balance, aun cuando no dispongamos del beneficio de una perspectiva histórica, mas sí la urgencia de realizarlo.

El escrito que aquí se presenta se divide en cuatro partes. En la primera, se destaca la naturaleza del inevitable encuentro entre los derechos de fuente constitucional y convencional, por un lado, y los retos que esto impone en materia de teoría constitucional, por el otro. En una segunda sección se realiza una breve reflexión en cuanto a las expectativas y preguntas sin resolver que tenemos respecto a nuestro sistema de justicia. En la parte central del escrito se exponen seis tendencias que han marcado la interpretación de los derechos humanos; en particular, se destaca la nueva relación de las normas de derechos humanos de fuente nacional e internacional en un nuevo modelo de constitucionalidad y convencionalidad, y algunas de las dificultades que este esquema ha encontrado para desarrollarse plenamente. En la última sección se hace una breve reflexión sobre si es posible que estemos ante una “revolución de los derechos” que eventualmente lleve a cambiar el paradigma contemporáneo del derecho constitucional como lo conocemos.

II. EL INEVITABLE ENCUENTRO Y LA DIFÍCIL CONVIVENCIA DE DOS SISTEMAS JURÍDICOS: EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos de junio de 2011 plantean un nuevo paradigma de los derechos.¹ Sin embargo, probablemente esto no termine de ejemplificar lo profundo del cambio, ya que realmente significan una transformación de todo el sistema jurídico mexicano, de ahí la complejidad de su implementación.

Al respecto habría que recordar que el derecho constitucional y el derecho internacional, como ramas autónomas de la ciencia del derecho desde su creación, han convivido con un estatus separado, proclamando desde sus respectivas trincheras su propia supremacía. Sin embargo, la globalización, expresada en diversos ámbitos de la vida cotidiana contemporánea, ha provocado que el encuentro y la forzosa convivencia entre estos dos mundos sea inevitable.

¹ Sobre el concepto de paradigma, véase Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, 2 ed., trad. Agustín Contín, México, FCE, 2002, pp. 149-152.

Dado que la solución kelseniana a este dilema es imposible de implementar, es decir, no podemos elegir entre un esquema puramente dualista o monista, resulta necesario la búsqueda de caminos alternos que aún no han sido construidos del todo.² Dicho en otras palabras, desde hace décadas diversos sistemas constitucionales conviven con el derecho internacional, incluido el derecho internacional de los derechos humanos, pero aún no se ha creado el marco para sustentar una teoría del derecho y, en última instancia, una filosofía del derecho que permita que ambos sistemas puedan convivir y trabajar en una perfecta armonía.³

En este proceso el área que ha sido invadida es evidentemente el derecho constitucional, ya que, lejos de llegar a consolidarse un Estado Global o incluso regional, lo que ha sucedido es que hemos transitado a un estado de derecho internacional. Esto representa, de nuevo, una crisis o al menos una completa reestructuración de los planteamientos básicos y esenciales del constitucionalismo moderno.⁴

Ante este embate del derecho internacional se han intentado arreglos provisionales, mientras se encuentra una solución. Tal vez por eso, una de las sentencias más citadas y también criticadas sobre estos acomodos lleve precisamente ese nombre *Solange* (que significa “mientras tanto” en alemán).⁵

El tema resulta ser tan complejo que realmente reta la imaginación y capacidad de quien lo trabaja, no porque exista una única forma de entenderlo, sino porque existen decenas de respuestas y caminos. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) nos ha dado una guía, no definitiva, a esta nueva galaxia inexplorada: el control de convencionalidad.

La pregunta es tan grande, tan compleja y en cierto modo desconocida que en junio de 2011 nos tomó desprevenidos, porque siempre pensamos que la solución llegaría por un camino más sinuoso, enlodado y complicado, que era a

² Sobre la superación de las nociones de monismo y dualismo, véanse: Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, 2011, p. 287; González-Domínguez, Pablo, *The doctrine of conventionality control. Between uniformity and legal pluralism in the Inter-American Human Rights System*, Cambridge, Interserita, 2018, p. 151-153.

³ Véase, por ejemplo, la utilización de estándares de la Organización Internacional del Trabajo en este asunto, resuelto en 1994 en Colombia: Corte Constitucional (Colombia), Sala Plena, Sentencia C-265 de junio 2, 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴ En no pocos momentos históricos se ha considerado que el constitucionalismo se ha encontrado en crisis. Véase la exposición de estos momentos históricos en García Pelayo, Manuel, “Derecho constitucional comparado”, *Obras completas*, t. I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 275-293.

⁵ “Solange” es una icónica y controversial sentencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán sobre este tema; véase: Antpöhler, Carlino, Dickschen, Johana, Hentrei, Simon, Kottmann, Mathias, Smrkolj, Maja y von Bogdandy, Armin, “Reverse Solange—Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States”, *Common Market Law Review*, 49, núm. 2, 2012, pp. 489-519.

través del artículo 133 constitucional. Sin embargo, la reforma constitucional nos regaló una autopista para circular a altas velocidades en la implementación del máximo anhelo de la reforma: la incorporación a nivel constitucional del derecho internacional de los derechos humanos.

La oportunidad de salir y acelerar al máximo se vio inmediatamente en el trámite del Expediente Varios 912/2010 que versó sobre la forma en que el Poder Judicial Federal podría cumplir lo decidido por la Corte IDH respecto al Caso de Rosendo Radilla Pacheco, desaparecido por el Ejército durante el periodo conocido como la “guerra sucia”. Esa resolución de la Suprema Corte, que nadie esperaba pero que muchos deseábamos, resultó ser el primer paso a la apertura de un anquilosado sistema constitucional que no había terminado de evolucionar en la prolongada transición mexicana que empezó en los años setenta.⁶

Sin embargo, después de haber dado el importante paso, lo dicho en el Expediente Varios 912/2010 se convirtió en la manzana de la discordia, ya que algunas de las ministras y ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) no pudieron aceptar las profundas implicaciones que traería la lógica de esa decisión para todos los postulados del constitucionalismo moderno. Así, la plena incorporación de derecho internacional de los derechos humanos sin duda pone a prueba el sentido más literal y formal del juramento que toda ministra o ministro hace al tomar la protesta del cargo “para guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”,⁷ a menos que realmente se considere que el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de la Constitución misma.⁸

En ese momento, aunque la aplicación de las reformas constitucionales estuvo en duda, surgió el consenso a través de la resolución de la Contradicción de Tesis 293/2010 en donde, si bien se reconoció la existencia de un bloque de regularidad constitucional, también se llegó a la conclusión de que, en caso de contradicción entre el derecho internacional de los derechos humanos y una restricción constitucional, prevalecería la última sin necesidad de examen previo.⁹

⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Pleno, Expediente Varios 912/2010 y Votos particulares formulados por los ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales, publicación 4 de octubre de 2011.

⁷ Artículo 97, párrafo Séptimo, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), “Caso Gelman vs. Uruguay”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 88.

⁹ SCJN, Contradicción de Tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo el Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Secretario: Arturo Bárcena Zubieta, Secretarios Auxiliares: Arturo Guerrero Zazueta y Santiago José Vázquez Camacho.

III. EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL QUE SOÑAMOS ¿O EL QUE NECESITAMOS?

En el ya citado Expediente Varios 912/2010 se llegó a la conclusión de que nuestro sistema constitucional pasaba de ser un sistema esencialmente concentrado a ser uno de carácter difuso en donde todas las juezas y los jueces iban a poder ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad. El cambio resultó no ser menor en los hechos, ya que dio marcha atrás a la interpretación constitucional que llevó a que a la Suprema Corte de Justicia de la Nación se la llegara a considerar un tribunal constitucional de carácter concentrado durante la Novena Época.¹⁰

La cuestión de quién interpreta, aplica y hace valer la Constitución en conjunto con el derecho internacional de los derechos humanos no es un asunto menor, ya que, aunque la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado que son “todas las autoridades” quienes deben hacerlo, es también cierto que esta actividad debe darse en el marco de las respectivas competencias y dentro de las regulaciones procesales pertinentes.¹¹

Durante los diez años en los que ha estado en vigor la reforma constitucional en materia de derechos humanos se han debatido en diferentes niveles las siguientes cuestiones:

- El nuevo rol de la Suprema Corte como... ¿tribunal constitucional?
- El lugar jerárquico de los tratados internacionales respecto a la Constitución.
- Si se debe regresar a un sistema concentrado de control constitucional.
- La pertinencia de tener una ley que regule la aplicación del control de convencionalidad.
- El lugar del constitucionalismo estatal en el esquema de derechos creado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- El rol de la Suprema Corte como último intérprete de la Constitución en un sistema de control difuso.
- El valor jurídico de las opiniones consultivas de la Corte IDH en relación con los casos contenciosos.

¹⁰ En opinión de Héctor Fix-Zamudio, la reforma judicial de 1994 planteaba un esquema incompleto, con un tribunal constitucional, pero no un tribunal de legalidad. Aunque en opinión del autor de estas líneas también se podría hacer una interpretación, en el sentido opuesto, de la preexistencia de un tribunal de legalidad con tintes de constitucional. Véase Fix-Zamudio, Héctor, *La reforma judicial en el ordenamiento mexicano: evolución y perspectivas*. Memoria, México, El Colegio Nacional, 2008, pp. 33-79.

¹¹ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, No. 158, párr. 128.

- El lugar de los tratados de Naciones Unidas y sus diversas interpretaciones por órganos especializados.
- El concepto e interpretación del control de convencionalidad por la judicatura y si se puede avanzar en la construcción de una teoría propia en paralelo a la de la Corte IDH.

En la actualidad no parece existir un consenso respecto a varias de las preguntas planteadas. Sin embargo, una vía para dar solución a estas interrogantes es a través de la interpretación de los derechos; otra podría ser una reforma judicial que ponga fin a estas interrogantes, lo cual es altamente improbable que suceda en el futuro cercano, considerando que en marzo de 2021 apenas se publicó la más reciente. El sistema actual, difuso con toques de concentrado, probablemente es lo mejor a lo que podemos aspirar por el momento. Seguramente este tema tendrá que ser resuelto en el mediano o largo plazo y ahí, dependiendo de las circunstancias políticas y sociales del país, se podría llegar a una conclusión diferente.

IV. ALGUNAS TENDENCIAS Y DESAFÍOS EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS EN LA ACTUALIDAD

Hoy en día se puede advertir la existencia de al menos seis tendencias respecto a la interpretación de los derechos constitucionales en México. En las mismas se pueden apreciar los avances y tareas pendientes de las reformas en materia de amparo y derechos humanos. Estas tendencias, sin lugar a duda, no son las únicas, pero sí las que podrían ser consideradas como las que aglutinan al resto.

1. La constitucionalidad y convencionalidad llegaron para quedarse

Lo primero es reconocer que la interpretación de los derechos, al menos en las altas cortes mexicanas –Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación–, combina rutinariamente un análisis de constitucionalidad y de convencionalidad, es decir, fundado en el derecho internacional de los derechos humanos.

La unión definitiva de este binomio constitucionalidad/convencionalidad no fue fácil de alcanzar en un primer momento, ya que entre varias ministras y ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación imperaba la idea de que el examen de convencionalidad era atendible exclusivamente cuando una cuestión no pudiera ser resuelta en un escrutinio constitucional. Si esta idea hubiese imperado, el lugar del derecho internacional de los derechos humanos hubiese sido completamente residual y posiblemente nulo, considerando que desde el constitucionalismo de la posguerra casi cualquier cuestión puede ser resuelta por un juez constitucional.

Sin embargo, el *quid* de las reformas constitucionales de junio de 2011 no radicó en la incapacidad del derecho constitucional en general para encontrar respuestas, sino en la intención de que estas respuestas fueran consonantes con el derecho internacional de los derechos humanos, como un coro en armonía. De ahí que uno de los principales protagonistas en la nueva interpretación de los derechos sea el principio de interpretación conforme.¹²

A partir de la Contradicción de Tesis 21/2011 entre la Primera y Segunda salas, resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se consolidó en definitiva la teoría y la práctica del binomio de constitucionalidad y convencionalidad.¹³ Con ello realmente en la práctica se puede hablar de la convivencia de un sistema inserto en la constitucionalidad/convencionalidad.¹⁴ El binomio floreció, aunque con diferente intensidad en la Primera y la Segunda salas.¹⁵

¹² La utilización del principio de interpretación conforme podría considerarse una de las grandes tendencias de la Décima Época. Al respecto, véase la colaboración de Ximena Medellín Urquiaga en la presente obra, en donde se expone ampliamente el concepto y utilización por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹³ SCJN, Contradicción de Tesis 21/2011-PL. Entre las sustentadas por la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 9 de septiembre de 2013. Mayoría de nueve votos de los ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Alberto Pérez Dayán y Juan N. Silva Meza. Votaron en contra: José Ramón Cossío Díaz y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: David García Sarubbi, Miguel Antonio Núñez Valadez y Karla I. Quintana Osuna.

¹⁴ SCJN, Pleno, Cuestión constitucional. Para efectos de la procedencia del recurso de Amparo Directo en Revisión, se surte cuando su materia versa sobre la colisión entre una ley secundaria y un tratado internacional, o la interpretación de una norma de fuente convencional, y se advierta *prima facie* que existe un derecho humano en juego. Registro: 2006223, Tesis de Jurisprudencia: P./J. 22/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 94. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia señaló, entre otras cuestiones, lo siguiente: "cuando la confronta entre un tratado internacional y una ley secundaria [...] debe concluirse que sí existe una cuestión propiamente constitucional, toda vez que cuando se estima que una ley viola un derecho humano reconocido en una convención subyace un juicio de relevancia jurídica fundado en la idea de coherencia normativa. Lo mismo debe decirse cuando se trate de la interpretación de una disposición convencional que a su vez fije las relaciones o posiciones jurídicas, sentido y/o alcance de un derecho humano. Consecuentemente, el escrutinio no se agota en la constatación de la consistencia de las normas entre sí –los criterios relacionales de creación de normas–, sino en verificar la coherencia del orden constitucional como una unidad dotada de sentido protector o promocional de los derechos humanos, el cual se remite a argumentos sustanciales y no a razonamientos de índole formal".

¹⁵ SCJN, Primera Sala, Control de constitucionalidad y de convencionalidad (Reforma Constitucional de 10 de junio de 2011), Registro: 2002264, Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 18/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, t. I, diciembre de 2012, p. 420. La Primera Sala señaló: "Mediante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía

2. El control de convencionalidad ¿para todas y todos?

Si bien, como se comentaba, el binomio constitucionalidad/convencionalidad fue consolidado en el máximo tribunal del país, así como en la práctica del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,¹⁶ existen sentimientos encontrados respecto a si el proceso de transformación constitucional prometida en el Expediente Varios 912/2010 realmente pudo llegar a todos los rincones de las diversas jurisdicciones que entraña un sistema constitucional difuso.

En los hechos, la amplitud y alcances de un sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad difusos han sido modulados y restringidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Si bien no se regresó en el papel al modelo anterior, por medio de diversas determinaciones las facultades de los jueces y magistrados, tanto locales como incluso federales, han ido siendo condicionadas.¹⁷ El resultado de este proceso de modulación ha consistido, entre otras cuestiones, en que los márgenes de los jueces locales se han restringido a seguir los precedentes tanto de la Suprema Corte de Justicia como de la Corte IDH, dejando poco espacio a la creatividad.¹⁸ Esto ha traído como resultado que el

que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1o. constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos”.

- ¹⁶ Sobre este tema, véase una reflexión propia en: Pelayo Moller, Carlos María, “Algunas consideraciones sobre el uso del derecho internacional de los derechos humanos por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación *vis-a-vis* la doctrina de control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Mata Pizaña, Felipe de la, Gómez Pérez, Mara y Loza Otero, Nicolás (coords.), *Justicia electoral y derechos humanos. Incidencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la protección de los derechos humanos*, 2 ed., México, TEPJF, 2019.
- ¹⁷ Véanse, por ejemplo, dos asuntos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación: la Contradicción de Tesis 299/2013 (obligatoriedad de la jurisprudencia) y el Amparo Directo en Revisión 1046/2012 (control de convencionalidad *ex officio*).
- ¹⁸ Estas y otras reflexiones se dieron en el reciente seminario “El impacto de las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo de junio 2011 en los estados” coorganizado por IJ-UNAM y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, los días 28-29 de abril de

florecimiento de los derechos humanos no se esté dando de forma exuberante como prometía la reforma.

Una hipótesis sobre este tema ha tenido que ver con la necesidad de evitar diferentes abusos y excesos en los que podrían incurrir algunos jueces. Antes de que malas prácticas se dieran y eventualmente se extendieran, se decidió poner algunos límites para evitar inconvenientes¹⁹ y evitar con ello que la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos deviniera en un “descontrol de convencionalidad”.

Finalmente, la amplia discusión sobre el término y concepto de control de convencionalidad terminó por hacer inviable su utilización en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun y cuando se lograron avances importantes en su aplicación. De tal suerte que el término mismo aún causa cierto malestar en diversos juzgadores y operadores de justicia.

3. El bloque de constitucionalidad envenenado

Como se comentaba líneas arriba, la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional no puede trabajarse en función de jerarquía o supremacía de uno sobre otro. Por lo tanto, se deben buscar soluciones alternativas para evitar el conflicto en la convivencia de estas ramas del derecho. Una de las posibles soluciones es la instauración de un bloque de constitucionalidad en el cual se les otorga el estatus constitucional a las diversas normas que ahí se incluyan.²⁰

En la Contradicción de Tesis 293/2011 se erigió el bloque y se estableció el parámetro de regularidad constitucional en México, el cual está conformado por las normas constitucionales de derechos humanos y las normas de derechos humanos de los tratados internacionales que México ha consentido. El reflejo de la existencia de ese bloque y parámetro de regularidad constitucional es la simbiosis constitucionalidad/convencionalidad que se comentaba en el apartado anterior. Sin embargo, en la misma Contradicción de Tesis 293/2011 se decidió que, en

2021. En específico sobre el rol de los jueces locales en la aplicación de precedentes, véanse las ponencias del magistrado Carlos Arenas Bátiz; respecto a los límites de la justicia constitucional local y cómo ha sido restringida por la Suprema Corte, la del Dr. Daniel Barceló Rojas.

¹⁹ La comprobación de esta hipótesis tendrá que encontrarse necesariamente vinculada a un trabajo futuro que contemple técnicas de investigación empírica.

²⁰ El bloque de constitucionalidad puede considerarse “una serie de normas y principios con rango constitucional que pueden ser invocados en el ejercicio del control de constitucionalidad como parámetro, o en peticiones o demandas en el caso de violación a los derechos humanos protegidos por esas normas. Usualmente, este juego de normas comprende a la Constitución en *stricto sensu*, las declaraciones internacionales de derechos humanos y los tratados internacionales que han sido ratificados por los Estados”. Góngora Mera, Manuel Eduardo, *Inter-American judicial constitutionalism. On the constitutional rank of Human Rights Treaties in Latin America through national and Inter-American adjudication*, San José, IIDH, 2011, p. 162.

caso de conflicto entre la Constitución y los tratados internacionales, prevalecerían las restricciones constitucionales.²¹

El resultado de la contradicción de tesis en este tema en particular fue muy criticado en su momento. Los distintos matices de la decisión, las críticas internas y externas, y las controversias que se suscitaron dentro de la Suprema Corte terminaron por envenenar la herramienta conceptual del bloque. Tal vez por ello, las alusiones al mismo no son tan amplias como se quisiera, ya que se ha convertido en tema espinoso de discutir. El punto de quiebre se dio al analizar la constitucionalidad/convencionalidad de la figura del arraigo en la Constitución federal²² y las eventuales posibilidades de aplicación y expansión de este criterio en el futuro.²³

4. El derecho internacional de los derechos humanos *vis-a-vis* el derecho constitucional comparado

Aun sin la herramienta conceptual del bloque de regularidad constitucional, como se había comentado anteriormente, se ha hecho un esfuerzo por utilizar el bloque sin aludir a él directamente, combinando normas e interpretaciones de origen constitucional e internacional. Si bien no existe una jerarquía entre las normas emanadas del derecho internacional de los derechos humanos en el Expediente Varios 912/2010 y la Contradicción de Tesis 293/2011, se le terminó dando un lugar especial a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo obligatoria en casos en donde México ha sido parte vinculante en casos relacionados con otros países del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En el derecho internacional y dentro del bloque de regularidad constitucional no existe una jerarquía de normas. Igualmente, se deben tener en cuenta los elementos que lo conforman: las normas constitucionales, las normas de internacionales de derechos humanos y sus interpretaciones auténticas en los tratados que México ha ratificado. No obstante, es común ver en la práctica que la propia

²¹ En la Contradicción de Tesis 293/2011, la Suprema Corte determinó que las normas que forman parte del catálogo de derechos funcionan como un parámetro de regularidad constitucional, de tal modo que las mismas no pueden contravenir el principio de supremacía constitucional, por lo que, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, la misma debería observarse.

²² SCJN, Pleno, Amparo Directo en Revisión 1250/2012, resuelto el 14 de abril de 2015.

²³ En este sentido, véase SCJN, Sentencia dictada en el Expediente Varios 1396/2011 promovido por el señor Ministro Juan N. Silva Meza, en su carácter de Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, Secretario: Isidro E. Muñoz Acevedo.

Suprema Corte (tanto en el Pleno como en las Salas) no sigue con estricta rigurosidad estas premisas básicas, por lo que en diversas sentencias parece no existir una distinción argumentativa entre lo que se encuentra dentro del bloque y lo que no. Al final, eso genera confusión en los lectores no especializados. Si bien es deseable el uso de fuentes de otros sistemas de derechos humanos, como el europeo e incluso del derecho constitucional comparado, es también cierto que una precisión conceptual respecto a lo que se encuentra y no se encuentra dentro del bloque de regularidad constitucional podría ser una guía importante para futuros desarrollos jurisprudenciales.

5. Horizontes no explorados: obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía a los derechos

El artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé que:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Las obligaciones en torno a los derechos que prevé la Constitución tienen como objetivo dotar de contenido a los mismos. Esta lógica de desarrollo de los derechos ha sido implementada ampliamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su primera sentencia de fondo en el Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras.²⁴ En lo que cabe a su utilización por parte de la Suprema Corte de Justicia, si bien en varios asuntos ha salido a relucir el tema, su desarrollo no ha sido constante ni suficientemente articulado. Esta es una vía interpretativa que se podría explorar para expandir los derechos y a la vez dotar su contenido de certeza jurídica, tanto para las autoridades como para las personas que habitamos este país.

De la misma forma, el principio *pro persona*, si bien ha dado pie a importantes decisiones en diversas materias, no ha alcanzado para cimentar una línea jurisprudencial constante en su aplicación, toda vez que ha funcionado inserto

²⁴ Sobre este tema véanse: Corte IDH, "Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras", Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 164; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Moller, Carlos María, "Artículo 1. Obligaciones generales" y "Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno", en Steiner, Christian, Fuchs, Marie-Christine y Uribe, Patricia, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2 ed., Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2019.

en el binomio constitucionalidad/convencionalidad sin mucha autonomía de por medio; de ahí que no exista un desarrollo interpretativo amplio en torno a sus supuestos de aplicación, límites y alcances.²⁵

6. El juicio de amparo, el sistema de precedentes y el sistema jurídico en general como obstáculos a los derechos humanos

Algo que se ha puesto de manifiesto en la última década es el corto alcance del amparo para poder implementar la reforma constitucional de derechos humanos, aun considerando que esta institución, venerada en los círculos jurídicos nacionales, sufrió una puesta al día importante con la implementación de su propia reforma constitucional de 6 de junio de 2011. Su excesivo formalismo, su dificultad de tramitación, su limitado alcance para conocer controversias sobre ciertos derechos y la incapacidad de proveer reparaciones adecuadas han hecho que el avanzar de la agenda de los derechos no sea imposible, pero sí demasiado complicado para la judicatura federal.²⁶

En muchas ocasiones se ha destacado el empuje que los avances jurisprudenciales pueden tener en cambios sociales profundos. A esto, autores como Charles Epp lo han denominado la “revolución de los derechos”.²⁷ ¿Realmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación y sus decisiones a partir de la reforma están transformando al país?

Probablemente el principal problema no sea la falta de buenos precedentes emanados de la Suprema Corte de Justicia. De hecho, hay muchas buenas sentencias que han marcado positivamente temas de la mayor importancia.²⁸ Sin embargo, el sistema de precedentes existente hasta la Décima Época ha hecho que las grandes sentencias de la Suprema Corte sean una suerte de gotas en un mar, entre los miles de asuntos que se resuelven por el Tribunal, lo que implica

²⁵ Existen intentos en la academia para analizar lo que ha sucedido con el principio *pro persona*; véanse, en particular: Córdova, Miguel Ángel, “Radiografía constitucional del principio *pro persona*”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 42, enero-junio de 2020, pp. 155-180; Mata Quintero, Gerardo, “El principio *pro persona*: la fórmula del mejor derecho”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 39, julio-diciembre de 2018, pp. 201-228.

²⁶ Pelayo Moller, Carlos María, “El nuevo horizonte transformador del juicio de amparo de cara a las reformas constitucionales de junio de 2011: Análisis al Amparo en Revisión 1359/2015”, en VV. AA., *La Reforma Constitucional en Derechos Humanos: Una década transformadora*, México, SCJN, 2021, p. 141-173.

²⁷ Epp, Charles, *The rights revolution. Lawyers, activist and Supreme Courts in comparative perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998.

²⁸ Véanse algunas de ellas en Salazar Ugarte, Pedro, Niembro Ortega, Roberto y Alonso Beltrán, Carlos Ernesto (coords.), *Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte*, México, IJ-UNAM, 2019.

que sea sumamente difícil trazar líneas jurisprudenciales a partir de la lectura de los llamados “engroses”.²⁹

Las grandes sentencias de la Décima Época, por supuesto, han sido objeto de análisis por especialistas, pero no son sentencias que tengan el impacto que en su momento tuvieron a nivel comparado sentencias como *Brown vs. Board of Education* en los Estados Unidos de América o las propias sentencias del Tribunal Federal Constitucional alemán. Las buenas sentencias en la Suprema Corte son muchas, pero no todas son plenamente identificables y en su elaboración ha resultado vital la labor de las y los secretarios de estudio y cuenta. Tristemente no son objeto de análisis, discusión y reflexión fuera de ciertos círculos rojos de los debates académicos. Aun así, son destacables los profundos cambios que en las últimas fechas han transformado áreas como la del derecho familiar, entre otras.³⁰ Tal vez, con la nueva reforma judicial de marzo de 2021, en donde se establecen las bases para la construcción de un sistema de precedentes, esta situación pueda cambiar en el mediano plazo, si es que esta implementación se realiza de forma adecuada.

No obstante, todo el anquilosado sistema jurídico ha sobrevivido a partir de hacer fútiles los esfuerzos de la Suprema Corte para cambiar las cosas de forma definitiva y rápida. Más aun, lo que dice nuestro máximo tribunal no se traduce de forma automática en cambios en la política pública, si hay forma de evadir el precedente, ni estriba en que el derecho internacional de los derechos humanos pueda tener vigencia en la administración pública, esto debido, en parte, al principio de relatividad de las sentencias de amparo. Es decir, en un país con altos índices de pobreza y marginalidad las personas dependen de tener la capacidad de litigar para hacer valer sus derechos, y los resultados están a la vista.

El resto del Poder Judicial Federal a su vez desarrolla sus funciones al límite de sus facultades, pero con una guía muy difusa entre lo que puede y no puede hacer, entre lo que es deseable y no. Esta situación de falta de certeza se debe a los muy diferentes tipos de liderazgo que se han tenido al frente del Consejo de la Judicatura Federal en los últimos diez años.³¹

²⁹ Una crítica más amplia al sistema de jurisprudencia de la Décima Época puede encontrarse en: Pelayo Moller, Carlos María, “Jurisprudencia”, en Astudillo, César y Cossío Díaz, José Ramón, *Organización y funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Tirant lo Blanch, IJ-UNAM, FD-UNAM, 2020, pp. 303-319.

³⁰ Ibarra Olguín, Ana María y Treviño Fernández, Sofía del Carmen, “Constitución y familia en México: nuevas coordenadas”, en Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana María, *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, México, Centro de Estudios Constitucionales, SCJN, 2020, pp. 370-382.

³¹ Han sido tres los presidentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a lo largo de estos tres años: Guillermo Ortiz Mayagoitia, Juan Silva Meza, Luis María Aguilar y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

V. UNA REVOLUCIÓN ¿INTERRUMPIDA, SILENCIOSA O INACABADA?

El balance en la interpretación de los derechos en los primeros diez años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos se encuentra impregnado con datos en diferentes sentidos. Por una parte, se pueden vislumbrar signos de un verdadero progreso en la interpretación de los derechos; por otra parte, vemos que a nivel constitucional se han perpetuado figuras jurídicas profundamente autoritarias y contrarias a derechos humanos que, lejos de ser reducidas, han sido expandidas en los últimos años; por citar algunos ejemplos, el arraigo y la prisión preventiva oficiosa.

La noción de las revoluciones “interrumpidas”, “paralizadas” o “frustradas” es un tema recurrente y apasionante para historiadores y sociólogos.³² Estos debates en México ocurrieron con motivo de la Revolución Mexicana durante el siglo XX. Por una parte, se llegó a manejar la idea de la existencia de un proceso revolucionario permanente y paradójicamente institucionalizado. Aunque, por otra parte, también se llegó a considerar la Revolución Mexicana como una “revolución interrumpida”, tal y como lo intentó reseñar el escritor Adolfo Gilly. Estas nociones contrapuestas de revolución-institucionalidad, continuidad-interrupción, marcan también el debate en torno al derecho constitucional actual y respecto a la modernidad misma.³³

En el caso de lo que está sucediendo con la interpretación de los derechos en el Poder Judicial Federal y en particular en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, podríamos hablar de la existencia de una revolución parcial y a la vez silenciosa. La revolución de los derechos en la judicatura mexicana es sin duda parcial, porque son aún demasiados los asuntos pendientes por atender en la agenda de los derechos, en especial, los derechos económicos, sociales y culturales. La revolución de los derechos también es silenciosa, porque poco a poco ciertas materias, que en principio pertenecían a las relaciones entre particulares, han ido sufriendo transformaciones importantes, como es el caso del derecho familiar.

En todo caso, cabría preguntarnos si los procesos de cambio de los principios básicos de la realidad constitucional actual, comentados líneas arriba, nos están

³² Fernandes, Florestan, “Reflexiones sobre las revoluciones interrumpidas”, en Fernandes, Florestan, *Dominación y desigualdad. El dilema social Latinoamericano*, Bogotá, Siglo del Hombre, Clacso, 2008, p. 195.

³³ Las revoluciones de los derechos son ya un tema recurrente en la literatura jurídica, tal y como lo ha ilustrado Charles Epp atendiendo a diversos factores en los que no necesariamente figura siempre el derecho internacional. Para Epp la revolución de los derechos en Estados Unidos es por lo regular atribuida a: las garantías constitucionales de los derechos individuales y la independencia judicial, el liderazgo de jueces activistas (particularmente de la Suprema Corte), quienes han estado dispuestos a utilizar la Constitución para transformar la sociedad, y el surgimiento de una conciencia popular respecto a los derechos. Epp, *The rights revolution, op. cit.*, p. 2.

empujando a reescribir el paradigma del constitucionalismo moderno en sí mismo. Si es que la lucha por los derechos humanos nos ha convertido en posmodernos, aun sin saberlo.³⁴ La posmodernidad, según Lyotard, “designa el estado de la cultura después de las transformaciones que han afectado a las reglas de juego de la ciencia, de la literatura y de las artes a partir del siglo XIX”.³⁵ Es decir, la posmodernidad se plantea como una revisión crítica de la modernidad.³⁶

Es así como, en este entrecruce de dualidades contrapuestas y a la vez complementarias, los retos en la interpretación y aplicación de los derechos humanos de fuente constitucional e internacional presuponen desafíos específicos que poco a poco están propiciando la transformación de los paradigmas del constitucionalismo moderno. Habría que hacer votos para que esas transformaciones también puedan beneficiar a la población que más lo necesita en el país.

VI. REFLEXIONES FINALES

Los avances logrados en estos últimos diez años en la jurisprudencia nacional son importantes. Sin embargo, se encuentran muy lejos de mínimamente responder a las expectativas y necesidades del país en materia de derechos humanos. El marco constitucional más garantista en la historia de México ha sido mudo testigo de las más graves violaciones de los derechos humanos en el presente y un simple ornamento para el fin de acabar con la impunidad del pasado. La notable ausencia de un Estado de derecho sólido, en donde la constitución y las leyes se obedezcan en

³⁴ Según Garza Onofre, el discurso de las personas dedicadas a los derechos humanos pertenece a la posmodernidad, aun cuando no lo sepamos identificar. Véase, Garza Onofre, Juan Jesús, “Enseñar derechos humanos y evitar ficciones. A propósito de los ‘derechos humanos’ y la reforma constitucional de derechos humanos”, en González Martín, Nuria, Pelayo Moller, Carlos María y Estrada Adán, Guillermo E., *Las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos de junio de 2011*, México, IJ-UNAM, 2021, en prensa.

³⁵ Lyotard, Jean-François, *La condición postmoderna*, Madrid, Cátedra, 2000, p. 9.

³⁶ Los procesos de crítica a la modernidad han levantado suspicacias: Habermas, por ejemplo, considera que el manto de la posilustración pudiera tratarse de una contrailustración disfrazada. Igualmente, es imposible negar que propugnar contra el constitucionalismo moderno puede ser contraproducente, tomando en cuenta que el mismo proyecto de la modernidad y del derecho constitucional moderno es la “apertura al futuro”. Es por ello que la tradición constitucional más avanzada de corte europeo, presente incluso en Latinoamérica, no niega la importancia del derecho internacional de los derechos humanos, aun reconociendo que desde este paradigma no es posible dar respuesta teórica a lo que está sucediendo actualmente. En palabras de Eduardo Galeano, “cuando teníamos todas las respuestas, nos cambiaron todas las preguntas”. Las nociones de revolución continua e interrumpida y de modernidad-posmodernidad nos pueden ayudar a entender el difícil tránsito de un régimen jurídico estadocéntrico a uno de gobernanza, en donde la noción de soberanía es menos absoluta que nunca en el plano teórico y práctico. Véase Habermas, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Katz, 2008, pp. 15-16.

última instancia, hace que el debate de la constitucionalidad *vis-a-vis* la convencionalidad parezca una mera entelequia académica que, en términos prácticos, no tiene implicación para las víctimas de violaciones de sus derechos humanos. Sin embargo, la crisis de derechos humanos que vive el país, parafraseando a Rodrigo Uprimny, solo se puede desescalar escalando los derechos.³⁷

El encuentro entre la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos exige el que se busquen nuevas formas de acomodar las mayores bondades para los derechos de ambos mundos. En México, este proceso, por demás necesario, no ha sido sencillo, por lo que el sistema de dualidad constitucional y convencional es un proyecto inacabado. Aun así, se pueden advertir, en materia de interpretación de los derechos, tendencias positivas, que gradualmente están transformando el panorama jurisprudencial nacional.

Los desafíos son enormes y vienen en su mayoría de inercias que son la columna vertebral del sistema de justicia. Sin un sistema de garantías jurisdiccionales eficaces será imposible hacer que la justicia sea para todas y todos. Igualmente, no será posible impulsar la revolución de los derechos solamente desde la ciencia del derecho, sino tendremos que resolver este crucigrama desde los ámbitos de la sociología, la ciencia política, la antropología, entre otros.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANTPÖHLER, Carlino, DICKSCHEN, Johana, HENTREI, Simon, KOTTMANN, Mathias, SMRKOLJ, Maja y VON BOGDANDY, Armin, “Reverse Solange-Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States”, *Common Market Law Review*, 49, núm. 2, 2012.
- BOGDANDY, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, 2011.
- CÓRDOVA, Miguel Ángel, “Radiografía constitucional del principio *pro persona*”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 42, enero-junio de 2020.
- EPP, Charles, *The rights revolution. Lawyers, activist and Supreme Courts in comparative perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998.
- FERNANDES, Florestan, “Reflexiones sobre las revoluciones interrumpidas”, en FERNANDES, Florestan (ed.), *Dominación y desigualdad. El dilema social Latinoamericano*, Bogotá, Siglo del Hombre, Clacso, 2008.

³⁷ Uprimny, Rodrigo, “Escalar los DD.HH. para desescalar las violencias”, *El Espectador*, 8 de mayo de 2021, <https://www.elespectador.com/opinion/escalar-los-dd-hh-para-desescalar-las-violencias/>

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MOLLER, Carlos María, “Artículo 1. Obligaciones generales” y “Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno”, en STEINER, Christian, FUCHS, Marie-Christine y URIBE, Patricia, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2019.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La reforma judicial en el ordenamiento mexicano: evolución y perspectivas. Memoria*, México, El Colegio Nacional, 2008.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “Derecho Constitucional Comparado”, en *Obras completas*, t. I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- GARZA ONOFRE, Juan Jesús, “Enseñar derechos humanos y evitar ficciones. A propósito de los ‘derechohumaneros’ y la reforma constitucional de derechos humanos”, en GONZALEZ MARTÍN, Nuria, PELAYO MOLLER, Carlos María y ESTRADA ADÁN, Guillermo E., *Las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos de junio de 2011*, Serie de Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, México, IJJ-UNAM, 2021, en prensa.
- GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo, *Inter-American judicial constitutionalism. On the constitutional rank of human rights treaties in Latin America through national and Inter-American adjudication*, San José, IIDH, 2011.
- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo, *The doctrine of conventionality control. Between uniformity and legal pluralism in the Inter-American Human Rights System*, Cambridge, Intersecta, 2018.
- HABERMAS, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Katz, 2008.
- IBARRA OLGUÍN, Ana María y TREVIÑO FERNÁNDEZ, Sofía del Carmen, “Constitución y familia en México: nuevas coordenadas”, en ESPEJO YAKSIC, Nicolás e IBARRA OLGUÍN, Ana María, *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, México, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020.
- KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. Agustín Contín, México, FCE, 2002.
- LYOTARD, Jean-François, *La condición postmoderna*, Madrid, Cátedra, 2000.
- MATA QUINTERO, Gerardo, “El principio *pro persona*: la fórmula del mejor derecho”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 39, julio-diciembre de 2018.
- PELAYO MOLLER, Carlos María, “Algunas consideraciones sobre el uso del derecho internacional de los derechos humanos por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación *vis-a-vis* la doctrina de control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, MATA PIZAÑA, Felipe de la, GÓMEZ PÉREZ, Mara y LOZA OTERO, Nicolás (coords.), *Justicia electoral y derechos humanos. Incidencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la protección de los derechos humanos*, 2 ed., México, TEPJF, 2019.

- PELAYO MOLLER, Carlos María, “El nuevo horizonte transformador del juicio de amparo de cara a las reformas constitucionales de junio de 2011: análisis al Amparo en Revisión 1359/2015”, en VV. AA., *La reforma constitucional en derechos humanos: una década transformadora*, México, SCJN, 2021.
- PELAYO MOLLER, Carlos María, “Jurisprudencia”, en ASTUDILLO, César y COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Organización y funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Tirant lo Blanch, IJ-UNAM, FD-UNAM, 2020.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, NIEMBRO ORTEGA, Roberto y ALONSO BELTRÁN, Carlos Ernesto (coords.), *Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte*, México, IJ-UNAM, 2019.
- UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, “El impacto de las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo de junio 2011 en los estados”, Seminario, IJ-UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 28-29 de abril de 2021. <https://www.facebook.com/ConstitucionDerechosHumanos>
- UPRIMNY, Rodrigo, “Escalar los DD.HH. para desescalar las violencias”, *El Espectador*, Opinión, 8 de mayo de 2021. <https://www.elespectador.com/opinion/escalar-los-dd-hh-para-desescalar-las-violencias/>

Jurisprudencia

- CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA), Sala Plena, Sentencia C-265 de 2 junio de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 164.
- CORTE IDH, Caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, No. 158.
- CORTE IDH, Caso Gelman *vs.* Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013.

LOS OBSTÁCULOS POLÍTICOS DE LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SIGLO XXI

Luis Daniel Vázquez*

RESUMEN

La reforma constitucional de 2011 incluyó el compromiso de todas las autoridades gubernamentales de aplicar las obligaciones generales, los deberes y los principios en materia de derechos humanos. En este artículo se discute el significado de uno de estos principios: el de universalidad, para ver cómo tendría que interpretarse la universalidad en pleno siglo XXI y cuáles son los principales obstáculos para que los derechos humanos sean universales. A partir de la idea del núcleo del derecho, se argumenta que la universalidad no es solamente la asignación de derechos o la igualdad de hecho sobre los mismos derechos. Por esa razón, este artículo invita a pensar la universalidad como una igualdad de ejercicio de los derechos. Para finalizar, se explica que el principal obstáculo a la universalidad no es jurídico, sino que es político. En consecuencia, esto repercute en estructuras de opresión y realidades de pobreza, desigualdad y exclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El 10 de junio del 2011 se publicó la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Dentro del conjunto de artículos que se modificaron está el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional que a la letra actualmente dice:

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IJ-UNAM); Doctor en Ciencia Política, Flacso-México; Maestro en Sociología Política por el Instituto Mora; Licenciado en Derecho y en Ciencia Política por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología nivel II. lvazquez@flacso.edu.mx

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.¹

Este tercer párrafo es uno de los más relevantes en la modificación e incluye la obligación de todas las autoridades (poderes ejecutivo, legislativo y judicial, a nivel federal, entidad federativa y municipal) de aplicar las obligaciones generales (respetar, proteger, garantizar y promover), los deberes (prevenir, investigar, sancionar y reparar) y los principios (universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad) en el ámbito de sus competencias (realizar políticas públicas, presupuestos y leyes con perspectiva de derechos humanos, así como considerar los estándares internacionales de derechos humanos en la emisión de resoluciones y sentencias).

Uno de los principios que se mencionan en ese tercer párrafo es el de *universalidad*. A él dedicaremos este texto. ¿Qué significa el principio de universalidad?, ¿cómo tendría que interpretarse la universalidad en pleno siglo XXI? y ¿cuáles son los principales obstáculos para que los derechos humanos sean universales? Estas son las tres preguntas que intentaremos responder en las siguientes páginas.

II. LA UNIVERSALIDAD EN EL SIGLO XXI

Los derechos humanos se fueron construyendo desde hace varios siglos y desde diferentes perspectivas teóricas y políticas: la liberal, la socialista y socialdemócrata, la comunitaria para los derechos de las comunidades indígenas, por mencionar algunas.² Una de sus principales fuentes es el constitucionalismo liberal. Sucesos constitucionales como la Carta Magna de 1215, la Petición de Derechos de 1628, la Carta de Derechos de 1689, la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se tornan relevantes. En todos estos documentos constitucionales estamos frente a disputas políticas entre el rey y los súbditos. Ya sea para limitar desde el ámbito terrenal el poder del rey y construir una monarquía constitucional y parlamentaria, como en Inglaterra, o para desaparecer la monarquía y construir una república, como en Estados

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf

² Vázquez, Daniel, "Derechos humanos, poder político y transformación social. Todo depende del cristal con que se mira", en Estévez, Ariadna y Vázquez, Daniel, *9 razones para (des)confiar de las luchas por los derechos humanos*, México, Flaco-México, CISAN-UNAM, 2017, pp. 147-180.

Unidos y Francia. La universalidad nace en esta disputa política entre el rey por derecho divino y los súbditos.

El aspecto central de la universalidad es que todas las personas, por el solo hecho de serlo, tienen todos los derechos. Esto, que hoy parece obvio, no lo era en esos años lejanos de 1215, 1628 y 1789. En la medida en que se estaba frente a una monarquía absoluta por derecho divino, las y los súbditos, junto con las tierras y sus posesiones, eran propiedad del rey. Lo que se construye de forma política con las revoluciones y revueltas de esos años, y de forma jurídica con los documentos constitucionales y la idea de universalidad, es el sujeto político y de derechos, la persona como fenómeno político y jurídico. Lo que se dice con toda su fuerza al rey es: tú eres el rey, pero ya no eres dueño de mi cuerpo, yo soy dueño de mí mismo, del trabajo creado con mi cuerpo y de mi destino. De forma paralela a estas revoluciones y revueltas, a estos documentos constitucionales y a la universalidad, nace el concepto de derecho subjetivo. En la medida en que las personas no eran personas, sino solo propiedad del rey, la idea de derecho subjetivo no existía. Nace con la decisión y fortaleza política de las personas cuando afirman: es mi derecho. Por eso, no es casualidad que los derechos humanos sean derechos subjetivos, es decir, expectativas de acción o de omisión a cargo de otros.³ Constitución, derecho subjetivo, universalidad, sujeto de derechos son algunos de los elementos que forman parte de esa larga historia liberal de los derechos humanos.

En este sentido, se encuentran varias de las tesis jurisprudenciales que han desarrollado el principio de universalidad establecido en la reforma constitucional de derechos humanos de 2011. Por ejemplo, la tesis 2021854⁴ establece que la universalidad se refiere a que *los derechos humanos son inherentes a todas las personas* y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad. En sentido semejante, las tesis 2003881, 2003771 y 2001718 recuperan la idea de que la universalidad se refiere a que todas las personas son portadoras de todos los derechos humanos. Dado que se entiende la universalidad como la asignación de todos los derechos para todas las personas, estas tesis asocian la universalidad con el principio de igualdad y no discriminación. Señalan: “la valoración de los derechos fundamentales queda vinculada a la premisa de que deben respetarse en beneficio de todo ser humano, sin distinción de edad, género, raza, religión, ideas, condición

³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis XV.3o.10 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. VI, agosto de 2020, p. 5983.

económica, de vida, salud, nacionalidad o preferencias (universalidad)” (Tesis 2003881,⁵ 2003771⁶ y 2001718⁷).

Hay dos ideas fuertes que se tornan relevantes en esta forma de conceptualizar la universalidad: 1) los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos⁸ y 2) estos derechos son exigibles por todos los seres humanos en cualquier contexto político, jurídico, social, cultural, espacial y temporal.⁹ Ambas ideas hacen evidente la potencia, pero también la limitación de esta idea de universalidad. Igualan al rey con el súbdito, igualan a cualquier persona en estado de marginación extrema con el hombre o mujer más rico del planeta; esa es su potencia y esa es también su principal limitación.

La asignación de todos los derechos a todas las personas tiene mucho sentido en el marco de una monarquía absoluta que niega incluso el estatus de persona. Tiene sentido también en sociedades esclavistas y de castas que o niegan ese mismo estatus o lo asignan de forma diferenciada. Pero ¿la asignación de derechos a todas las personas sigue siendo el principal problema en pleno siglo XXI? No solo no tiene sentido mantener esta idea de universalidad, incluso es peligroso.

Cuando afirmamos que todas las personas tienen todos los derechos estamos borrando las estructuras económicas, políticas, sociales y culturales que excluyen y oprimen de facto a millones de personas. No podemos invisibilizar dichas estructuras, porque *ellas son el principal obstáculo que impide que hoy las personas no solo tengan, sino que efectivamente ejerzan sus derechos*. Si mantenemos la idea de universalidad como la sola asignación de derechos, convertimos un concepto, cuyo origen fue revolucionario, en un instrumento de dominación que invisibiliza dichas estructuras de poder. Por ello, es necesario pasar del “formalismo mágico” al análisis empírico, de la asignación de derechos al ejercicio de derechos.

⁵ Tesis IV.2o.A.15 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, junio de 2013, p. 1289 (Registro 2003881).

⁶ Tesis IV.2o.A. J/6 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, mayo de 2013, p. 1031 (Registro 2003771).

⁷ Tesis IV.2o.A.15 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 3, septiembre de 2012, p. 1946 (Registro 2001718).

⁸ Peces-Barba, Gregorio, “La universalidad de los derechos humanos”, en Nieto, Rafael (ed.), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, p. 401.

⁹ Blanc, Antonio, “Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal”, en *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Lérida, Universitat de Lleida, Tecnos, ANUE, 2001, p. 14; Peces-Barba, Gregorio, *op. cit.*, p. 401; Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, núm. 4, Universidad de Alicante, 1987, p. 32.

*En pleno siglo XXI, necesitamos entender la universalidad como la necesidad de que todas las personas ejerzan todos los derechos.*¹⁰ La diferencia entre tener y ejercer no es menor e implica trascender el mundo jurídico rumbo al mundo fáctico y visibilizar las estructuras de opresión, que si bien antes negaban *de jure* sus derechos a las personas, hoy se los siguen negando *de facto*.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN o la Corte, de aquí en adelante) ya ha dado un paso hacia allá. En la tesis 2003350¹¹ la Corte sostiene que, si bien el principio de universalidad tiene como punto de partida que los derechos humanos son inherentes a todas las personas, esto supone que dichos derechos son inviolables, mas no absolutos. Habrá casos –sigue la Corte– en que el ejercicio del derecho se deberá adecuar razonablemente a las circunstancias, lo que les permite amoldarse a las contingencias. La Corte reconoce que:

... la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso de la Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia) ha señalado 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*, interpretación evolutiva que es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De ahí que dichos derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su *núcleo esencial* es intangible; por ello, la Norma Fundamental señala que ni aun en los estados de excepción se “suspenden”, pues en todo caso, siempre se estará de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario.¹²

En la medida en que la Corte reconoció la evolución de los tiempos (interpretación evolutiva), las condiciones de vida actuales y la identificación de los núcleos esenciales de los derechos como herramientas de interpretación de los derechos humanos, pone de relieve la necesidad de mirar esas estructuras económicas, sociales y culturales, que antes se encontraban invisibilizadas, como parte de los elementos que se deben considerar al interpretar los derechos humanos. Además, en la medida en que invitamos a pensar la universalidad como la posibilidad de que todas las personas *ejerzan* los mismos derechos, esto nos puede llevar de forma equivocada a creer que solo habrá universalidad ahí donde haya una igualdad de hecho, donde todos y todas seamos exacta y completamente iguales en ámbitos económicos, sociales o políticos. No es así y por eso la idea del *núcleo del derecho*

¹⁰ Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, 2 ed., México, Flacso-México, 2021, p. 157.

¹¹ Tesis I.4o.A.9 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 3, abril de 2013, p. 2254 (Registro 2003350).

¹² *Idem* (énfasis agregado).

cobra relevancia, pues no se trata de una igualdad total, *se trata de una igualdad de ejercicio al menos en los núcleos básicos de los derechos humanos*.

Hay un par de tesis más que nos llevan por este rumbo. Una de ellas es la tesis 2007596¹³ que recupera la obligación de garantizar los derechos y la relación con el principio de universalidad. En esta tesis se observa que el artículo 1o. constitucional establece las obligaciones generales de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos de acuerdo con principios como la universalidad. La principal finalidad de la obligación de garantizar un derecho –sigue la tesis– es la realización del mismo, lo que

... requiere la *eliminación de restricciones* al ejercicio de los derechos, así como la *provisión de recursos o la facilitación de actividades* que tiendan a lograr que todos se encuentren en aptitud de ejercer sus derechos fundamentales. *La índole de las acciones dependerá del contexto de cada caso en particular*; así, la contextualización del caso particular requiere que el órgano del Estado encargado de garantizar la realización del derecho tenga conocimiento de las necesidades de las personas o grupos involucrados, lo que significa que debe atender a la situación previa de tales grupos o personas y a las demandas de reivindicación de sus derechos.¹⁴

Aquí claramente dejamos el ámbito del formalismo mágico y vamos a las necesidades de la (des)igualdad concreta para ejercer los derechos: *realizar un análisis de contexto y, a partir de él, eliminar restricciones, proveer recursos, facilitar actividades*. ¿Cuál es el resultado de pensar la universalidad en estos términos? La tesis 2002916¹⁵ nos responde pidiendo “que los derechos humanos y las normas que los contienen sean interpretados de manera que permitan la ampliación de los titulares del derecho y de las circunstancias protegidas por estos derechos (universalidad)”.¹⁶

III. LOS OBSTÁCULOS POLÍTICOS DE LA UNIVERSALIDAD EN EL SIGLO XXI

Hemos hecho un movimiento atrevido pero necesario en torno al concepto de universalidad. Lo sacamos del mundo jurídico y lo llevamos al fáctico. En otras palabras, lo que afirmo es que *el principal problema para que todas las personas*

¹³ Tesis XXVII.3o.2 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, octubre de 2014, p. 2838 (Registro 2007596).

¹⁴ *Idem* (énfasis agregado).

¹⁵ Tesis XXVI.5o. (V Región) 15 L (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, febrero de 2013, p. 1515 (Registro 2002916).

¹⁶ *Idem*.

ejercen al menos los núcleos básicos de sus derechos no es jurídico, es político. Miremos, por ejemplo, cómo se encuentra el ejercicio de los derechos humanos en México.

El Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval) ha construido una tipología para medir la pobreza en México a partir de dos líneas de ingreso (la línea de bienestar y la línea de bienestar mínimo) y seis indicadores de carencias sociales que ayudan a mirar los derechos económicos y sociales (DES) de acceso a la salud, educación, vivienda, alimentación, seguridad social, y calidad de la vivienda:

- Persona en pobreza extrema: aquella que está por debajo de la línea de ingreso de bienestar mínimo y sufre al menos una carencia social.
- Persona en pobreza moderada: aquella que está por arriba de la línea de ingreso de bienestar mínimo, pero por debajo de la línea de ingreso de bienestar, y sufre al menos una carencia social.
- Persona en pobreza: las que se encuentran en pobreza tanto extrema como moderada.
- Persona vulnerable por carencias sociales: aquella que se encuentra por arriba de la línea de ingreso de bienestar, pero sufre al menos una carencia social.
- Población vulnerable por ingreso: personas que no sufren carencias sociales, pero se encuentran por debajo de la línea de bienestar.
- Población no pobre y no vulnerable: personas que se encuentran por arriba de la línea de bienestar y que no sufren de ninguna carencia social.

En la Tabla 1 se observa la evolución de los grupos mencionados en las seis mediciones realizadas¹⁷ en México.

A todas las personas que sufren de pobreza extrema o moderada o que son vulnerables por ingreso o por carencia social, todos los días se les viola al menos uno de los derechos económicos y sociales. En otras palabras, en el año 2018 a 97.7 millones de mexicanas y mexicanos (81.2% de la población), de los 120 millones que éramos en ese entonces, se les violó al menos un derecho económico y social todos los días. En el marco de la crisis económica producto del covid-19, esto empeoró.

Los derechos civiles no están en mejor situación. Si bien el inicio de la relación entre la política y el crimen en México se puede rastrear desde mediados del siglo XIX, y su centralización se llevó a cabo junto con el presidencialismo

¹⁷ Si bien ya se realizó la medición del 2020, los resultados aún no son públicos.

Tabla 1. Distribución de la población según situación de pobreza o vulnerabilidad, 2008, 2010, 2012, 2014, 2016, y 2018

Ingresos	Población vulnerable por carencias sociales		Población no pobre y no vulnerable	Suma de pobres, vulnerables por ingreso y por carencia social			
	2008 – 32.2%		2008 – 18.8%				
	2010 – 28.1%		2010 – 19.9%				
	2012 – 28.6%		2012 – 19.7%				
2014 – 26.3%		2014 – 20.4%	2014 – 21.9%	2008 – 81.2%			
2016 – 26.8%		2016 – 22.6%	2016 – 77.4%	2010 – 80.1%			
2018 – 29.3%		2018 – 21.9%	2018 – 78.1%	2012 – 80.3%			
36,7 millones		27,4 millones		2014 – 79.6%			
Urbana: \$2,946 (mayo 2018)				2016 – 77.4%			
Rural: \$1,902 (mayo 2018)				2018 – 78.1%			
	Población en pobreza moderada	Total de pobres	Población vulnerable por ingreso	97,7 millones			
	2008 – 33.7%	2008 – 44.3%	2008 – 4.7%				
	2010 – 34.8%	2010 – 46.1%	2010 – 5.9%				
	2012 – 35.7%	2012 – 45.5%	2012 – 6.2%				
	2014 – 36.6%	2014 – 46.2%	2014 – 7.1%	2014 – 7.1%			
	2016 – 35.9%	2016 – 43.6%	2016 – 7%	2016 – 7%			
	2018 – 34.5%	2018 – 41.9%	2018 – 6.9%	2018 – 6.9%			
	43,1 millones	52,4 millones	8,6 millones				
	Urbana: \$1,472 (mayo 2018)						
	Rural: \$1,042 (mayo 2018)						
	Población en pobreza extrema						
	2008 – 10.6%						
	2010 – 11.3%						
	2012 – 9.8%						
	2014 – 9.5%						
	2016 – 7.6%						
	2018 – 7.4%						
	9,3 millones						
	6	5	4	3	2	1	0
	Carencias sociales						

Fuente: Coneval.

mexicano a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, la transición a la democracia supuso una fragmentación del poder político que también fragmentó esas redes de macrocriminalidad, dio mayor relevancia a los actores políticos locales como los gobernadores y disparó los niveles de violencia. A esto se sumó la integración tanto de militares desertores en las filas del crimen organizado (en especial, pero no solo en el Cartel de los Zetas) como de militares al frente de la política de seguridad, lo que modificó los patrones de violencia rumbo a mayores controles

territoriales y a la diversificación de la apropiación del excedente social por medio ya no solo del narcotráfico, sino también de redes de trata de personas, secuestros y sistemas diversificados de extorsión.¹⁸ En resumen, desde la declaración de guerra contra el narcotráfico en 2007 a la fecha hay más de 300 mil personas asesinadas,¹⁹ al menos más de 80 mil personas oficialmente reconocidas como desaparecidas²⁰ (por la cifra negra, pueden ser muchas más) a la par que en México se practica la tortura de forma generalizada,²¹ y todo esto en un marco de impunidad²² debido a la relación de la política con el crimen por medio de las redes de macrocriminalidad,²³ y en medio de la gobernanza criminal que dichas redes de macrocriminalidad tienen en amplias regiones del país.

¿Qué pueden hacer los derechos humanos frente a las realidades de la pobreza, la desigualdad y la exclusión provenientes de un modelo económico capitalista, neoliberal y neoextractivista, y de la violencia producto de la gobernanza criminal?

La historia reciente de los derechos humanos arranca con la Declaración Universal de los Derechos Humanos firmada en 1948. En este documento también se aclara la ideología socialdemócrata que tienen los derechos humanos. Es normal y esperable, pues el documento resulta del acuerdo posterior a la Segunda Guerra Mundial entre los países ganadores de dicha guerra. Esta postura socialdemócrata se observa en aspectos específicos de la Declaración Universal. Por ejemplo, no contiene una determinación sobre la propiedad de los medios de producción, que pueden ser estatales o privados, pero sí se establece todo un procedimiento de redistribución de la riqueza por medio de los derechos económicos y sociales. Al

¹⁸ El análisis de los patrones tanto de las redes de macrocriminalidad como de la relación entre la política y el crimen se pueden consultar en: Flores, Carlos, *Historias de polvo y sangre. Génesis y evolución del tráfico de drogas en el estado de Tamaulipas*, México, Ciesas, 2013; Flores, Carlos (coord.), *La crisis de seguridad y violencia en México. Causas, efectos y dimensiones del problema*, México, Ciesas, 2018; Flores, Carlos, *Negocios de sombras. Red de poder hegemónica, contrabando, tráfico de drogas y lavado de dinero en Nuevo León*, México, Ciesas, 2020; Vázquez, Daniel, *Captura del Estado, macrocriminalidad y derechos humanos*, México, Flacso-México, Heinrich Böll, IJ-UNAM, 2019; y Briscoe, Ivan et al., *Redes ilícitas y política en América Latina*, Suecia, IDEA-Internacional, 2014.

¹⁹ Los datos específicos sobre homicidios se pueden verificar en el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), "Mortalidad. Conjunto de datos: defunciones por homicidios". <https://www.inegi.org.mx/sistemas/olap/proyectos/bd/continuas/mortalidad/defuncioneshom.asp?s=est>

²⁰ Los datos sobre desaparición de personas se pueden consultar en el Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas, Gobierno de México, Secretaría de Gobernación, Comisión Nacional de Búsqueda. <https://versionpublicar.npdno.segob.gob.mx/Dashboard/Index>

²¹ Méndez, Juan, "Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", A/HRC/28/68/Add.3, Nueva York, Naciones Unidas, 2014.

²² Open Society, *Atrocidades innegables. Confrontando crímenes de lesa humanidad en México*, México, Open Society, 2016; y Vázquez, Daniel, *Impunidad y violaciones a derechos humanos*, México, IJ-UNAM, 2021 (en prensa).

²³ Vázquez, op. cit.

mismo tiempo se genera una amplia regulación de la relación obrero-patronal por medio del reconocimiento de derechos humanos laborales, incluso de vacaciones pagadas. En el corazón de la Declaración y de los pactos internacionales de derechos civiles, políticos, económicos y sociales está el derecho a la igualdad y la no discriminación, que va más allá del ámbito público-estatal, claro, como respuesta al genocidio nazi. Y, evidentemente, para desarrollar un andamiaje como estos se requeriría de un Estado fuerte e interventor.²⁴

Si bien encontramos la construcción de la ideología política de los derechos humanos en esa Declaración de 1948, lo cierto es que la formación de la socialdemocracia que le dio vida se explica desde 150 años antes, en especial a partir de los tres ciclos revolucionarios con tendencia socialista en Europa: 1830, 1848 y 1870, que tienen su punto clímax en la Revolución Rusa de 1917. Uno de los motivos –solo uno, ni de cerca el único– por el cual los partidos socialdemócratas fueron exitosos en la redistribución de la riqueza y condiciones más justas de trabajo en Europa occidental fue precisamente que las élites políticas y económicas vieron que esto era preferible a la amenaza socialista. Luego de la Segunda Guerra Mundial y la conformación del bloque socialista, la democracia liberal tenía como desafío y amenaza generar mejores condiciones de vida que el socialismo. Sin embargo, esto llegó a su fin en 1989.

En la medida en que los derechos humanos tienen una ideología política socialdemócrata, fueron poco relevantes justo ahí donde la socialdemocracia gobernaba y no había necesidad, ya que se gobernaba con esos principios. En cambio, los derechos humanos se tornaron muy importantes como discurso de protesta en aquellos lugares donde la realidad se alejaba de ese programa político, como en la América Latina de las dictaduras.

De forma paradójica, con la caída del muro de Berlín y la vuelta al neoliberalismo, el discurso político sustentado en derechos humanos volvió a cobrar relevancia en prácticamente todo el mundo, como oposición a las consecuencias neoliberales y al sisma de seguridad producto del ataque a las Torres Gemelas en Nueva York el 11 de septiembre del 2001. La perspectiva de derechos humanos que nació en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en 1993, es el ejemplo más claro. Pero justo cobró relevancia política como discurso de oposición en el momento en que no tenía a los actores políticos y sociales detrás que la hicieran realidad, cuando las condiciones ya habían cambiado y la amenaza socialista ya había desaparecido.

²⁴ Vázquez, Daniel, "El discurso ¿anticapitalista? de los derechos humanos", *El Cotidiano. Revista de la realidad mexicana actual*, año 30, núm. 194, noviembre-diciembre de 2015.

El principal obstáculo a la universalidad, entendida como el ejercicio de todos los derechos por todas las personas, no es jurídico, sino esencialmente político. *Los discursos, las leyes y las Constituciones que no tienen actores políticos con capacidad de acción efectiva detrás están destinados a ser letra muerta.* Esto no se resolverá —o no solo— con nuevas reformas constitucionales, ni con mejores mecanismos de protección de los derechos. Las preguntas a futuro son: ¿quiénes podrán ser y cómo crear nuevos actores sociales poderosos que se apropien y busquen el ejercicio de los derechos de todas las personas?, ¿cuál será la nueva amenaza que convenza a las élites político-económicas y a las redes de macrocriminalidad que otro camino no solo es posible, sino deseable?

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BRISCOE, Ivan *et al.*, *Redes ilícitas y política en América Latina*, Suecia, IDEA-Internacional, 2014.
- BLANC, Antonio, “Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal”, *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Lérida, Universitat de Lleida, Tecnos, ANUE, 2001, pp. 13-35.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Secretaría General. Secretaría de Servicios Parlamentarios. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FLORES, Carlos, *Historias de polvo y sangre. Génesis y evolución del tráfico de drogas en el estado de Tamaulipas*, México, Ciesas, 2013.
- FLORES, Carlos (coord.), *La crisis de seguridad y violencia en México. Causas, efectos y dimensiones del problema*, México, Ciesas, 2018.
- FLORES, Carlos, *Negocios de sombras. Red de poder hegemónica, contrabando, tráfico de drogas y lavado de dinero en Nuevo León*, México, Ciesas, 2020.
- LAPORTA, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, núm. 4, Universidad de Alicante, 1987, pp. 23-46.
- OPEN SOCIETY, *Atrocidades innegables. Confrontando crímenes de lesa humanidad en México*, México, Open Society, 2016.
- PECES-BARBA, Gregorio, “La universalidad de los derechos humanos”, en NIETO, Rafael (ed.), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, pp. 399-420.
- SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, 2 ed., México, Flacso-México, 2021.

- VÁZQUEZ, Daniel, “El discurso ¿anticapitalista? de los derechos humanos”, *El cotidiano. Revista de la realidad mexicana actual*, año 30, núm. 194, noviembre-diciembre de 2015.
- VÁZQUEZ, Daniel, “Derechos humanos, poder político y transformación social. Todo depende del cristal con que se mira”, en ESTÉVEZ, Ariadna y VÁZQUEZ, Daniel, *9 razones para (des)confiar de las luchas por los derechos humanos*, México, Flacso, CIESAN-UNAM, 2017, pp. 147-180.
- VÁZQUEZ, Daniel, *Captura del Estado, macrocriminalidad y derechos humanos*, México, Flacso, Heinrich Böll, IJ-UNAM, 2019.
- VÁZQUEZ, Daniel, *Impunidad y violaciones a derechos humanos*, México, IJ-UNAM, 2021, en prensa.

Jurisprudencia

- TESIS I.40.A.9 K (10A.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 3, abril del 2013, p. 2254 (Registro 2003350).
- TESIS IV.20.A. J/6 (10A.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, mayo del 2013, p. 1031 (Registro 2003771).
- TESIS IV.20.A.15 K (10A.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, junio 2013, p. 1289 (Registro 2003881).
- TESIS IV.20.A.15 K (10A.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 3, septiembre del 2012, p. 1946 (Registro 2001718).
- TESIS IV.30.A.5 K (10A.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 4, octubre de 2012, p. 2380 (Registro 2001850).
- TESIS X.20.(XI REGIÓN) 2 A (10A.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 3, enero de 2013, p. 1889 (Tesis 2002444).
- TESIS XV.30.10 A (10A.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 6, agosto del 2020, p. 5983 (Registro 2021854).
- TESIS XXVI.50.(V REGIÓN) 15 L (10A.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, febrero de 2013, p. 1515 (Registro 2002916).
- TESIS XXVII.30.2 CS (10A.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, octubre de 2014, p. 2838 (Registro 2007596).

4.

LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

EL DEBER ADICIONAL DE CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES DE ÓRGANOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA MATERIA*

Magdalena Cervantes Alcayde**

RESUMEN

A pesar de la amplitud de la reforma constitucional sobre derechos humanos, no incorporó ninguna referencia explícita al cumplimiento de las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos. El presente texto explica por qué el deber de su cumplimiento se vio reforzado con el contenido del artículo 1o. constitucional, en cuyo marco se impulsaron tres políticas públicas a través de las cuales se buscó dar pasos en esa dirección: la elaboración de la base de datos de recomendaciones internacionales a México en materia de derechos humanos; la creación del Fideicomiso para el Cumplimiento de Obligaciones en Materia de Derechos Humanos; y del Sistema para el Seguimiento y Atención de Recomendaciones Internacionales en materia de Derechos Humanos (Seridh). Se cierra reflexionando sobre sus aportaciones y limitaciones, de cara a contar con un mecanismo nacional efectivo e integral de cumplimiento de las decisiones de órganos internacionales.

I. INTRODUCCIÓN

Hace diez años se aprobaron dos reformas constitucionales de la mayor relevancia. Una, que colocó en su centro la protección de los derechos humanos de

* Quiero agradecer la revisión especializada en derecho internacional de este texto por parte del Dr. Guillermo Estrada Adán, así como sus comentarios y sugerencias, que fueron de gran utilidad para matizar y fortalecer algunas de las ideas expuestas.

** Socióloga, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Maestra en Derechos Humanos y Democracia, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, México. Desde 2015 es Coordinadora del Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. malena.cervantes@unam.mx

fuente internacional, razón por la que se denomina de derechos humanos, y otra, por la cual se facultó al amparo para la protección de los derechos reconocidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Si bien se trató de dos modificaciones constitucionales distintas, por su contenido fueron en un mismo sentido: reconocer los derechos humanos de fuente internacional y que la figura prevista a nivel nacional para su protección en caso de violación los incluyera. Aun cuando la reforma constitucional formalizó las obligaciones del Estado mexicano respecto de aquellos, estas habían sido contraídas desde el momento en que consintió diferentes tratados internacionales en la materia. El reconocimiento constitucional de los derechos previstos en tratados internacionales fue muy relevante en la medida en que alteró la concepción previa sobre su jerarquía supraconstitucional, ubicándolos en la cúspide del sistema jurídico.

Las implicaciones que tuvo la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a nivel constitucional fueron muchas: la ampliación del catálogo de derechos protegidos, la inclusión de herramientas específicas para su interpretación, el reconocimiento de las obligaciones generales que tiene el Estado y de los principios que deben definir la garantía de los derechos. Aunque la reforma constitucional no incorporó ninguna referencia explícita al cumplimiento de las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos, el reconocimiento de los derechos previstos en tratados internacionales, por una parte, y de las obligaciones generales del Estado en materia de derechos humanos, por la otra, reforzó el deber de cumplimiento de esas decisiones.

Ofreciendo un criterio para sostener la obligatoriedad de las decisiones de órganos internacionales, en esta contribución se argumenta por qué el deber de su cumplimiento se vio reforzado con el contenido del artículo 1o. constitucional; posteriormente se analizan algunas políticas públicas impulsadas después de la reforma constitucional sobre derechos humanos de 2011 encaminadas en esa dirección, y, finalmente, a modo de cierre, se reflexiona sobre la efectividad de las acciones que se han tomado para el cumplimiento de las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos de cara a un procedimiento de implementación y qué desafíos se observan para avanzar en este sentido.

II. EL CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES DE ÓRGANOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Referirse al cumplimiento de las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos requiere, en principio, precisar a cuáles estamos aludiendo. Las decisiones que toman los órganos internacionales son de muy diversa índole,

dependiendo del tipo de órgano del que se trata y del mandato que cumple. De esta forma, nos encontramos, por ejemplo, con las decisiones que emite uno dedicado a la protección y promoción de los derechos humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), expresadas en medidas cautelares, acuerdos de solución amistosa, informes de fondo, informes de país o temáticos. O las que toma un tribunal internacional, facultado para resolver los casos contenciosos que se le presentan respecto de presuntas violaciones de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para lo cual es necesario que los Estados hayan aceptado su competencia contenciosa, y que incluyen sentencias o medidas provisionales. Estos mismos tribunales tienen también una función que ha adquirido relevancia en los últimos años y que no necesita la aceptación expresa de los Estados, sino tener membresía en la Organización de los Estados Americanos (OEA): las opiniones consultivas.

A este universo diverso y amplio de decisiones se suman las que emiten los diferentes órganos de Naciones Unidas, los Comités de tratados (a cargo de supervisar el cumplimiento del tratado y de emitir informes) y el Consejo de Derechos Humanos, que cuenta con el mecanismo de Examen Periódico Universal —a través del cual se examina la situación de los derechos humanos en cada uno de los países miembros, emitiendo un informe con recomendaciones—, y las que se derivan de los Procedimientos Especiales (Relatores o Grupos de trabajo), como los informes temáticos o de país.

Además de la diversidad de decisiones, debe advertirse la naturaleza diferenciada que pueden tener, algunas con efectos vinculantes y otras más de índole recominatorio. Con independencia de cuál sea el nivel de obligatoriedad de cada tipo de decisión, desde nuestra perspectiva la vinculación de un Estado a un sistema internacional de protección de los derechos humanos, que pasa por una decisión soberana de este, conlleva el cumplimiento de todas las decisiones que este toma.

El cumplimiento de las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos es un deber de los Estados desde el momento en que consienten un tratado de derechos humanos y aceptan la jurisdicción del órgano encargado de supervisar su cumplimiento, obligándose con el contenido del primero —los derechos previstos y las obligaciones establecidas— y con las decisiones que toma el órgano creado en el marco del tratado.¹

¹ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, principal instrumento internacional que regula las normas convencionales, reconoce tres principios fundamentales: el libre consentimiento, la interpretación de buena fe y el *pacta sunt servanda*. El primero supone que el

De igual forma, debe tenerse en cuenta que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos surgen como parte de órganos políticos a los cuales pertenecen los Estados que los crean. México integra la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, en el marco de las cuales se crearon el Sistema Universal y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Sería un sinsentido que los propios Estados que integran los órganos políticos en cuyo seno se crean los sistemas internacionales de protección no dieran cumplimiento a las decisiones que estos toman, cuando la decisión de crearlos fue de ellos, lo que supuso su acuerdo en la creación de órganos supranacionales para monitorear la situación de los derechos humanos en su jurisdicción.

A nivel nacional, aunque no se discute la obligatoriedad de cumplir con ciertas decisiones, concretamente las que toma la Corte IDH, que son claramente vinculantes (tales como las sentencias y las medidas provisionales), es común encontrarse posiciones por parte de funcionarios del Estado respecto a la no obligatoriedad de cumplir con el resto de las decisiones, sean de la Comisión Interamericana o de los órganos del Sistema de Naciones Unidas, por cuanto se trata de recomendaciones, de sugerencias de actuación o, incluso, de opiniones consultivas de la Corte IDH.

Desde nuestro punto de vista, la reforma constitucional de derechos humanos planteó, de manera implícita, el deber de cumplimiento de las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos. El artículo 1o. constitucional en su primer párrafo establece que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”, lo que incorpora a dichos instrumentos en el conjunto de normas que integran lo que se ha denominado *bloque de constitucionalidad*.

De acuerdo con ello, los tratados internacionales son parte del sistema de protección de derechos humanos en México. Dicha incorporación supone, dado que esas normas no contienen principios abstractos, sino prescripciones que tienen una traducción concreta, que los criterios y normas que produzcan los órganos autorizados de interpretarlas y aplicarlas previstas en los tratados implícitamente se incluyen en la referencia que hace nuestra Constitución.

consentimiento de un Estado para obligarse a un tratado está fundado en su decisión libre. El segundo indica que un Estado debe interpretar los términos de un tratado con el objetivo de hacerlo efectivo, sin engañar a su contraparte, de manera que todo tratado debe interpretarse conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del mismo en el contexto de este y teniendo en cuenta su objeto y fin. Y el tercero, que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe.

Esto es así debido a que las normas que integran un sistema jurídico (nacional o internacional) constituyen, en términos de Kelsen, un sistema *nomodinámico* y no uno *nomoestático* (como ocurre con los ordenamientos morales);² es decir, las normas jurídicas no se limitan a plantear principios abstractos, sino que necesitan ser desplegadas o desarrolladas en otras normas que deben crearse por parte de órganos expresamente autorizados para poder aplicarse a casos concretos. De acuerdo con la teoría de la validez jurídica planteada por Kelsen, ese desarrollo está a cargo de órganos (“poderes jurídicos”) expresamente autorizados para producir las subsecuentes normas³ que permiten la aplicación concreta o el desarrollo de los principios contenidos en las normas más generales. Esta labor interpretativa no es ajena, extraña o autónoma de las normas que contienen los principios generales, en este caso, los tratados internacionales, sino que representa su necesario desarrollo para que tengan eficacia. No reconocer lo anterior supondría condenar a las normas contenidas en los tratados internacionales a ser meros postulados abstractos no aterrizables a la realidad e ineficaces, en consecuencia, para una efectiva protección de los derechos.⁴

Si bien es cierto que los propios órganos que se derivan de los tratados no le dan el valor de norma o regla a la labor interpretativa que realizan y la denominan como resolución, observación, etc., la teoría de Kelsen sigue siendo útil para dotarla de legitimidad, por cuanto es realizada por los órganos autorizados con el objetivo de “desdoblar” las normas de los tratados para su operación. Toda postura que parta de una lógica de efectiva protección de los derechos implica aceptar que, además de la explícita enunciación que la Constitución hace de los tratados internacionales y de sus contenidos, implícitamente debe incluir la labor interpretativa (que incluye todas sus decisiones) que de ellos realizan los órganos de garantía previstos en los mismos.

En segundo lugar, el artículo 1o. constitucional estableció en su párrafo tercero que “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”. Las obligaciones generales en materia de derechos humanos indican el tipo de conducta que se espera del Estado para la garantía de estos derechos. Enfoquémonos en las de respetar, proteger y garantizar.

² Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1983, p. 203.

³ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría generale delle norme*, Turín, Einaudi, 1985, p. 167 y ss.

⁴ Esto no supone desconocer la labor interpretativa que han desarrollado en sede nacional las y los jueces cuando no existe interpretación por parte de los órganos autorizados o esta no es suficiente para aclarar el sentido y alcance de alguna norma.

La obligación de respetar significa que el Estado, cualquiera de sus órganos, en sus diferentes niveles (federal, local o municipal) y en cualquiera de sus funciones (ejecutiva, legislativa y judicial) no puede violentar los derechos humanos con sus acciones. Se trata de un deber de no interferir para que los derechos puedan ejercerse y se cumple mediante la abstención.⁵ La obligación de proteger, de índole positiva, supone la toma de medidas por parte del Estado para prevenir violaciones de derechos humanos cometidas por agentes estatales o particulares.⁶ Esto conlleva la existencia de un marco legal, con instituciones y capacidades suficientes, con procedimientos para realizar las tareas de vigilancia sobre los particulares y reaccionar ante los riesgos para prevenir violaciones de derechos humanos. Teniendo como finalidad prevenir violaciones de derechos humanos, la obligación de proteger incluye la investigación, la sanción de los responsables y la reparación a las víctimas, en tanto las dos primeras son una condición para evitar la impunidad y de esa forma prevenir la repetición de hechos violatorios de derechos humanos.

La obligación de garantizar tiene como objetivo mantener y mejorar el disfrute de un derecho humano, lo que exige una conducta positiva del Estado para asegurar su realización. La finalidad de esta obligación es la efectividad de los derechos, para lo cual es necesario “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público para asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos”. Entre las medidas que involucra esta obligación se encuentran las de carácter legislativo y la modificación de las prácticas de agentes estatales e institucionales, lo que abarca la provisión de bienes y servicios para satisfacer los derechos.⁷ De acuerdo con lo anterior, el Estado está obligado a abstenerse de violar los derechos (como parte de la obligación de respetar), a tomar medidas preventivas de violaciones de dichos derechos (a partir de la obligación de proteger) y a impulsar todas las medidas a su alcance (a partir de la obligación de garantía) para su efectiva realización.

Sin olvidar la diversidad de decisiones que emiten los órganos internacionales de derechos humanos, ni su carácter vinculatorio o recomentario, todas ellas son coincidentes respecto de la finalidad que persiguen: mejorar la situación de los derechos humanos y tomar medidas para avanzar en su garantía.

⁵ Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Flacso, 2013, pp. 61 y 62.

⁶ *Ibidem*, p. 64.

⁷ *Ibidem*, pp. 74-76.

Algunas decisiones se refieren a un caso en concreto de violación de derechos humanos, otras a alguna situación estructural que incide en la falta de vigencia de los derechos humanos. Con independencia de la situación individual o estructural a la que responden, en ellas se ordenan reparaciones o formulan recomendaciones al Estado con la finalidad de reparar a la(s) víctimas(as) y de incidir en los escenarios, contextos, patrones, prácticas que facilitan la ocurrencia de violaciones de derechos humanos. Es decir, en ellas se contemplan medidas de impacto tanto individual como estructural, con efectos en la sociedad en su conjunto. Es importante destacar la relevancia de las medidas de no repetición que encontramos en sentencias de la Corte Interamericana, pero también en otro tipo de decisiones sin llevar ese nombre, ya que cumplen con una función preventiva al transformar las condiciones que favorecen o inciden en la ocurrencia de violaciones de derechos humanos.

No debe perderse de vista que las recomendaciones que formula un órgano internacional a un Estado tienen una lógica y buscan asesorarlo en reformas de derecho interno, de políticas públicas, de adecuaciones institucionales, de capacitaciones, etc., para cumplir con los derechos y obligaciones que prevé el documento internacional. De esta forma, el sentido de las decisiones que emite es contribuir a la vigencia de los derechos humanos.

Pues bien, el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional establece el deber del Estado de no violentar los derechos humanos y de tomar todas las medidas a su alcance para su garantía y para prevenir violaciones de dichos derechos. Y las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos prevén un listado amplio de medidas para hacer frente a casos concretos de violaciones de derechos humanos o situaciones estructurales que inciden en ellas.

De esta forma, pareciera existir una coincidencia entre las obligaciones impuestas al Estado y las medidas previstas en las decisiones de órganos internacionales. El cumplimiento de estas últimas es una vía para atender las primeras, sin perder de vista que la realidad a la que responden las segundas es justamente la situación individual o estructural de derechos humanos en México, frente a la cual el Estado mexicano debe cumplir con las obligaciones generales para la vigencia de aquellos. Dicho de otra manera, las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos son un insumo básico, que aporta medidas concretas de diferente índole para la vigencia de los derechos humanos, y su cumplimiento se enmarca dentro de las obligaciones generales.

En suma, el reconocimiento de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales implica el cumplimiento de las interpretaciones y decisiones de los órganos previstos en ellos con la finalidad de dar efectividad a las normas de derechos humanos. Asimismo, el cumplimiento de las obligaciones generales en

materia de derechos humanos por el Estado encuentra en las decisiones de órganos internacionales un insumo fundamental para cumplir con ellas y avanzar en la vigencia de estos derechos.

III. INICIATIVAS IMPULSADAS PARA EL CUMPLIMIENTO DE DECISIONES DE ÓRGANOS INTERNACIONALES

Después del año 2011 se han impulsado algunas políticas públicas⁸ con el objetivo de avanzar en el cumplimiento de las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos. Por razones de espacio, me referiré a tres, seleccionadas atendiendo a que la información contenida en ellas es pública y a que contaron con una metodología o reglas de operación para su funcionamiento.

Antes de referirnos a ellas, como dato contextual es significativo mencionar que el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, documento que enuncia las políticas, programas y objetivos que se seguirían durante el periodo que abarca, señaló que uno de estos objetivos era garantizar el respeto y protección de los derechos humanos y la erradicación de la discriminación,⁹ para lo cual previó instrumentar una política de Estado en derechos humanos¹⁰ que incluyó, como una de sus líneas de acción, “dar cumplimiento a las recomendaciones y sentencias de los organismos nacionales e internacionales de derechos humanos y promover una política pública de prevención a violaciones de derechos humanos”.¹¹ Conforme

⁸ Existen múltiples definiciones de lo que es una política pública; destaco de ellas dos elementos: acciones que un gobierno impulsa y que tienen como finalidad atender un problema público. Cfr. Morales Sánchez, Julieta, *Políticas públicas y derechos humanos*, México, Porrúa, 2020, p. 10.

⁹ Gobierno de la República, *Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018*, p. 110.

¹⁰ Entre las líneas de acción que dicha política previó se enuncian: establecer un programa dirigido a la promoción y defensa de los derechos humanos, incluidos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales; promover la implementación de los principios constitucionales en materia de reconocimiento y protección de derechos humanos; promover mecanismos de coordinación con las dependencias y entidades de la administración pública federal, para lograr mayor incidencia en las políticas públicas de derechos humanos; establecer mecanismos de colaboración para promover políticas públicas de derechos humanos con todas las autoridades del país; promover adecuaciones al ordenamiento jurídico nacional, para fortalecer el marco de protección y defensa de los derechos humanos; generar información que favorezca la localización de personas desaparecidas; actualizar, sensibilizar y estandarizar los niveles de conocimiento y práctica de los servidores públicos federales en materia de derechos humanos; promover acciones para la difusión del conocimiento y práctica de los derechos humanos; promover los protocolos de respeto de los derechos humanos en la actuación de las Fuerzas Armadas y las policías de todo el país; dar cumplimiento a las recomendaciones y sentencias de los organismos nacionales e internacionales de derechos humanos, y promover una política pública de prevención a violaciones de derechos humanos; impulsar la inclusión de los derechos humanos en los contenidos educativos a nivel nacional, y fortalecer los mecanismos de protección de defensores de derechos humanos y de periodistas. *Ibidem*, pp. 110 y 111.

¹¹ *Ibidem*, p. 111.

a lo anterior, desde el Ejecutivo se previó, como parte de su política en derechos humanos, cumplir con las recomendaciones y sentencias de órganos internacionales, insertándose dentro de este objetivo las siguientes iniciativas: elaboración de la base de datos de recomendaciones internacionales a México en materia de derechos humanos; creación del Fideicomiso para el Cumplimiento de Obligaciones en Materia de Derechos Humanos y el Sistema para el Seguimiento y Atención de Recomendaciones Internacionales en materia de Derechos Humanos (Seridh).

3.1. Elaboración de la base de datos de Recomendaciones Internacionales a México en Materia de Derechos Humanos

La vinculación de México a los sistemas de Naciones Unidas e Interamericano llevó a que se le dirigieran una gran cantidad de recomendaciones con la finalidad de cumplir con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. La falta de estudios en profundidad y con detenimiento de este cúmulo de recomendaciones llevó a la construcción de la base de datos de Recomendaciones Internacionales a México en Materia de Derechos Humanos, como una iniciativa conjunta de la Secretaría de Relaciones Exteriores, la Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) y el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (Iteso),¹² buscando “incentivar la elaboración de trabajos académicos de investigación que se centraran de manera explícita en las recomendaciones, y de esta manera nos ayudaran a comprender mejor lo que éstas nos dicen sobre la situación de derechos humanos en México y sobre los retos y obstáculos para su implementación”.¹³ La base de datos contiene

... las recomendaciones que han sido formuladas al Estado mexicano por parte de mecanismos de derechos humanos de distinta naturaleza jurídica, desde las provenientes de sentencias de tribunales internacionales de derechos humanos cuya competencia contenciosa ha sido aceptada por el Estado mexicano, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y las recomendaciones formuladas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos de los que México es Estado parte, hasta las

¹² Véase “Recomendaciones Internacionales a México en Materia de Derechos Humanos”, Secretaría de Relaciones Exteriores, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Centro de Investigación y Docencia Económicas, e Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (<http://recomendacionesdh.mx/inicio/bienvenidos>).

¹³ Anaya Muñoz, Alejandro y García Campos, Alán (comps.), *Recomendaciones internacionales a México en materia de derechos humanos. Contrastes con la situación en el país*, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014, p. 7.

recomendaciones de procedimientos especiales y del Mecanismo de Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.¹⁴

Entre sus objetivos se mencionan: ofrecer a las autoridades federales y locales, organizaciones de la sociedad civil, defensoras y defensores de derechos humanos, personas que trabajan en la academia, estudiantes, periodistas y público en general una base de datos accesible, permanentemente actualizada, versátil y de acceso público sobre las recomendaciones y medidas de reparación dirigidas a México por parte de los órganos internacionales de derechos humanos de la ONU y la OEA; impulsar acciones que potencien la implementación de las citadas recomendaciones y medidas de reparación, particularmente en el ámbito de la política pública, la actividad legislativa y el quehacer jurisdiccional, y facilitar ejercicios de seguimiento en la implementación de las recomendaciones y medidas de reparación.

Debe señalarse que si bien esta herramienta se publicó el año previo a la reforma constitucional sobre derechos humanos se inscribe claramente dentro del objetivo de cumplir con las recomendaciones de órganos internacionales de derechos humanos, al sistematizarlas como vía para su implementación.

Esta iniciativa es particularmente relevante por tratarse del primer ejercicio público de sistematización de las recomendaciones dirigidas al Estado mexicano incorporando de manera integral las formuladas por los órganos de tratados y procedimientos especiales de Naciones Unidas y por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, incluyendo a sus relatores especiales y al Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes. Asimismo, se trata de una herramienta actualizada que contribuye a la “difusión, seguimiento e instrumentación de las recomendaciones emitidas por mecanismos internacionales de derechos humanos al Estado mexicano”. Debe destacarse, igualmente, que fue construida por una Secretaría del Estado mexicano, ONU-DH y dos centros académicos.

3.2. Creación del Fideicomiso para el Cumplimiento de Obligaciones en Materia de Derechos Humanos

Una de las primeras dificultades a las que se enfrenta el cumplimiento de decisiones de órganos internacionales de derechos humanos es la provisión de los recursos económicos con los cuales atender dichos compromisos. En el caso de México, la Secretaría de Gobernación, dependencia del Ejecutivo Federal

¹⁴ Cfr. “Recomendaciones Internacionales a México”, *op. cit.*

coordinadora de los trabajos para el cumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, no contaba con las previsiones administrativas y económicas necesarias, lo que le imponía llevar a cabo presupuestaciones extraordinarias de recursos para cumplir con ellas y causaba retraso en la labor. Asimismo, tratándose de solicitudes de medidas cautelares o provisionales por actos de hostigamiento o amenazas de servidores públicos o privados, la respuesta debía ser inmediata y con los medios adecuados e idóneos para su implementación oportuna, lo que resultaba complicado cuando no se contaba con los medios económicos para ello.

Esta situación llevó a la creación en octubre de 2012 del Fideicomiso para el Cumplimiento de Obligaciones en Materia de los Derechos Humanos, integrado con recursos públicos, como una fuente financiera para ampliar el presupuesto de la Secretaría de Gobernación, a fin de que atendiera los gastos derivados de las reparaciones y medidas provisionales y cautelares que por sus características no se hubiesen presupuestado en el presupuesto anual. El Fideicomiso se creó con la finalidad de atender las recomendaciones derivadas de las sentencias y medidas provisionales dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las medidas cautelares dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).¹⁵ En abril del 2014, el Fideicomiso fue modificado a efecto de incluir

... las soluciones amistosas, las reparaciones derivadas de las recomendaciones y resoluciones que emitan la CIDH o los órganos de tratados de las Naciones Unidas, así como las recomendaciones que emita la CNDH en las que la dependencia o entidad señalada como responsable de reparar el daño causado por violaciones de derechos humanos, acepte la recomendación y aporte los recursos correspondientes al fideicomiso, así como las obligaciones pecuniarias previstas en los convenios que sean suscritos por la Segob, siempre que en los mismos, cualquiera que sea su denominación se reconozca la responsabilidad del Estado mexicano por las violaciones de derechos humanos.¹⁶

En las Reglas de Operación del Fideicomiso se establecieron los tipos de pagos que serían realizados a través del mismo: reparaciones ordenadas por la Corte IDH, mediante sentencias que emita en casos en contra del Estado mexicano y que requieran de erogaciones en numerario para su cumplimiento;¹⁷

¹⁵ Reglas de Operación del Fideicomiso para el Cumplimiento de Obligaciones en Materia de los Derechos Humanos, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de mayo de 2014.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Lo que incluye indemnizaciones por daño material e inmaterial sufrido por las víctimas, así como las costas y gastos generados por el litigio del caso; becas educativas que permitan cubrir el costo de educación del beneficiario por la temporalidad establecida en la sentencia o, en

reparaciones por recomendaciones o resoluciones de la CIDH u órganos de tratados de las Naciones Unidas que requieran de erogaciones en numerario para su cumplimiento, así como acuerdos de solución amistosa suscritos por el Estado mexicano que sean aprobados por la CIDH mediante resolución, correspondientes a daños inmateriales y materiales; reparaciones por recomendaciones de la CNDH que requieran de erogaciones en numerario para su cumplimiento, siempre que la dependencia o entidad responsable aporte los recursos de manera previa al fideicomiso o, en caso de que no le sea posible, resarza los recursos al mismo; reparaciones pactadas en convenios suscritos por la Secretaría de Gobernación con las víctimas que requieran de erogaciones en numerario para su cumplimiento y medidas provisionales ordenadas por la Corte IDH y medidas cautelares dictadas por la CIDH, la CNDH y los órganos de tratados que requieran para su implementación erogación de recursos.¹⁸

La publicación de las Reglas de Operación del Fideicomiso contribuyó a transparentar el funcionamiento, operación y destino de los recursos y debe leerse como una iniciativa para dar cumplimiento a las resoluciones y recomendaciones de organismos nacionales e internacionales de derechos humanos, específicamente de aquellas que suponen una erogación de recursos públicos.

El Fideicomiso debe verse ciertamente como una política pública que incide de manera muy importante en el cumplimiento de las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos, específicamente de aquellas que conllevan el uso de recursos públicos y, de esa forma, en la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Sin embargo, el Fideicomiso resulta insuficiente, considerando que muchas de las medidas dictadas no solo requieren de recursos económicos, sino también de otro tipo de acciones, y que muchas de ellas no están dirigidas a personas en concreto, sino a la sociedad en su conjunto, como por ejemplo la elaboración de protocolos de actuación para funcionarios públicos, el

caso de no haberse especificado, hasta que concluya sus estudios superiores; atención médica y psicológica, la cual se proporcionará mediante instituciones públicas del Estado y no implicará la erogación de recursos, salvo que la sentencia establezca que se deberá cubrir a través del pago de un monto determinado o que no pueda ser cubierta por dichas instituciones públicas; infraestructura relativa a memoriales a favor de las víctimas, centros comunitarios, clínicas de salud, placas en memoria de las víctimas, escuelas, plazas públicas, etc. *Cfr. Ibidem.*

¹⁸ Dentro de las que se pueden encontrar el suministro e instalación de equipos de telecomunicaciones (telefonía satelital, radio o celular, sistemas de GPS o botones de pánico), de seguridad en inmuebles (alarmas, cerraduras, cámaras de vigilancia, puertas automáticas, interfonos, cercas eléctricas o rejas) y de seguridad física (chalecos balísticos, detectores de metales, vehículos, entre otros), así como servicios de resguardo (arrendamiento de inmuebles, compra de boletos de transporte, mudanza, hospedaje, gastos de alimentación, etc.). *Cfr. Ibidem.*

impulso de programas de capacitación para funcionarios o de educación en derechos humanos, la creación de bases de datos, etc.

Debe mencionarse de igual forma que, aun con la existencia de un Fideicomiso para el cumplimiento, existen medidas muy concretas, como la atención médica, psicológica o psiquiátrica,¹⁹ el pago de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales²⁰ o becas educativas²¹ que para su realización requieren de recursos públicos y que aún así siguen pendientes, lo que nos obliga a matizar la efectividad del Fideicomiso.

Cuando pensamos en medidas de naturaleza estructural, de la mayor relevancia por cuanto con ellas se busca transformar los contextos, prácticas y escenarios que inciden en que ocurran violaciones de derechos humanos, el cumplimiento necesariamente tiene que mirarse más allá de la existencia de partidas presupuestales, indudablemente necesarias e indispensables, pero insuficientes.

3.3. Sistema para el Seguimiento y Atención de Recomendaciones Internacionales en Materia de Derechos Humanos (SERIDH)²²

La Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) presentó a principios del año 2020 la plataforma Sistema para el Seguimiento y Atención de Recomendaciones Internacionales en Materia de Derechos Humanos. Se trata de una herramienta informática que sistematiza las recomendaciones formuladas al Estado mexicano por parte de órganos de tratados, mecanismos, procedimientos especiales de derechos humanos del Sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano. De manera adicional, incorpora las acciones reportadas por distintas autoridades para su atención, vinculando tanto las recomendaciones como sus acciones de atención con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030.²³

A junio de 2021, el Seridh reportaba 3,549 recomendaciones de los órganos de tratados y de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, recibidas entre 1994 y el 2021, relativas a múltiples temas: acceso a la justicia y

¹⁹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, No. 205; Corte IDH, Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Serie C, No. 371.

²⁰ Cfr. Corte IDH, caso Alvarado Espinoza y otros vs. México, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Serie C, No. 370.

²¹ Cfr. Corte IDH, caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Serie C, No. 371.

²² Para consultarla, accédase al portal Seridh (<https://seridh.sre.gob.mx/publico>).

²³ Gobierno de México, "La SRE presentó el Sistema de Seguimiento y Atención de Recomendaciones Internacionales en materia de Derechos Humanos (Seridh)", Comunicado No. 053.

debido proceso, covid-19, democracia y Estado de derecho, desaparición forzada, detención arbitraria, ejecuciones extrajudiciales, tortura, tratos crueles, inhumanos y/o degradantes, fuerzas armadas, pobreza, educación, vivienda, empresas y derechos humanos, y grupos de población: mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, afrodescendientes, con discapacidad, desplazadas internas, migrantes y solicitantes de asilo, pueblos indígenas, lesbianas y gays, bisexuales, transgénero e intersexuales, *queer* (LGBTIQ+), entre otros.

En su diseño, el Seridh tiene una fortaleza: incluir las acciones reportadas por diversas instituciones del Estado y las entidades federativas (incluye 2,367 acciones) para dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas por organismos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, la base de datos pública no permite visualizar de manera simultánea la recomendación y las acciones tomadas, lo que impide asociarlas. Este diseño dividido de la base de datos entre recomendaciones, por una parte, y acciones reportadas, por la otra, dificulta dar cuenta de los avances del Estado para cumplir con los compromisos internacionales.

De acuerdo con la revisión de la metodología, las bases de datos y la opción de búsqueda avanzada, el Seridh presenta varias limitaciones²⁴ que deberían considerarse, si interesa que sea efectivamente una herramienta que sistematice de manera integral las recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos y las acciones realizadas para darles cumplimiento. Contar con una base de datos con las recomendaciones formuladas por órganos internacionales de derechos humanos es, sin duda, un primer paso para su implementación, así como para transparentar y publicitar ante la sociedad en su conjunto las medidas que se han tomado para cumplir con ellas, pero para el cumplimiento no basta con esto. Tener bases de datos de recomendaciones y acciones tomadas es una herramienta fundamental de cualquier gobierno que se diga comprometido con la vigencia de los derechos humanos y busque mostrar su compromiso con las obligaciones internacionales y los pasos que da en ese sentido, pero es insuficiente.

²⁴ Las recomendaciones no son exhaustivas y se refieren a algunas de las fuentes en las que se han formulado. Por ejemplo, respecto de las recomendaciones de la CIDH, no se incluyen las que se derivan de medidas cautelares, informes de fondo, acuerdos de solución amistosa. Las recomendaciones no precisan plazos de cumplimiento ni individualizan a la población beneficiaria, cuando en muchos casos sí establecen cuáles son estos plazos y precisan los nombres de las personas a las que van dirigidas. Las acciones que se refieren como realizadas no están validadas ni por las víctimas ni por sus representantes ni por organizaciones de la sociedad civil. La base de datos de acciones reportadas debe alimentarse de manera permanente, previa validación de las mismas, e incluir la información de la entidad emisora y el texto de la recomendación. La opción de búsqueda avanzada debe incluir entre los filtros previstos el tipo de decisión. El Seridh no es un sistema accesible, por lo que se necesita replantearlo pensando en que sea una herramienta de fácil acceso y uso y que su diseño no sea un obstáculo para su utilización.

El cumplimiento de decisiones de órganos internacionales de derechos humanos involucra la existencia de un partida presupuestal –a nivel federal y de las entidades federativas– para cumplir con ellas. También requiere de un espacio de articulación interinstitucional, con representación de los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y en los tres niveles de gobierno (federal, estatal y municipal) para involucrarlos en el cumplimiento de esas decisiones y de las obligaciones generales en materia de derechos humanos que tiene el Estado mexicano.

En el diseño e implementación de las políticas públicas descritas el debate sobre la obligatoriedad o no de las decisiones de órganos internacionales no frenó avanzar en ellas, por el contrario, mostró una actuación clara y voluntaria del Estado de progresar en su cumplimiento. Ello podría leerse como una muy buena señal, porque el Estado mexicano ha trasladado la discusión de la vinculatoriedad o no de las decisiones a una dimensión de ejecución, más allá de la reflexión normativa formal que a veces pausa el cumplimiento.

El impulso de las políticas descritas ciertamente envía un mensaje que no puede desconocerse: el interés del Estado mexicano de impulsarlas con una lógica de avanzar en el cumplimiento de las decisiones de órganos internacionales. No podría negarse su incidencia en esa ruta. Sin embargo, también es preciso reconocer cuáles han sido sus limitaciones.

IV. A MODO DE CIERRE

Las políticas a las que se ha hecho referencia, impulsadas en los últimos diez años para incidir en el cumplimiento de las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos, aportan en el sentido de sistematizar –organizar, clasificar– las reparaciones y recomendaciones formuladas y crear un fondo para cumplir con ellas, pero no representan un verdadero y efectivo mecanismo de cumplimiento.

La implementación de las decisiones de órganos internacionales requiere de un marco legal o reglamentario que precise su funcionamiento, especifique a cargo de qué dependencia del gobierno estaría, cómo articularía a los diferentes actores a cargo del cumplimiento de una decisión, cuente con una partida presupuestal para impulsar el cumplimiento de las recomendaciones, y posea con un procedimiento muy efectivo para dar seguimiento a las medidas impulsadas. Claramente, debería dejar claro que la creación de un mecanismo de este tipo no es una política sexenal y, por el contrario, escapa a esa lógica para ser parte de una política del Estado mexicano, con independencia de quien lo gobierne.

La revisión de las políticas impulsadas muestra que se trata de iniciativas fragmentadas, a través de las cuales no se hace un abordaje integral del cumplimiento,

sino que se atienden algunos de sus aspectos: la sistematización de las medidas dictadas y la creación de un fondo para impulsarlas. Lo realizado deja ver los avances, pero también los desafíos que tenemos como país para contar con un mecanismo efectivo de cumplimiento.

En otros países de la región se ha avanzado en el cumplimiento de decisiones de órganos internacionales a través de decretos del Ejecutivo y marcos legales, en áreas institucionalizadas con ese fin. La experiencia comparada y sus resultados deberían ser revisados a nivel nacional para evaluar su pertinencia y efectividad en el caso mexicano.

El rico marco constitucional que surgió de la reforma de 2011 no ha servido para dar pasos más firmes, articulados e integrales mediante los cuales cumplir con las decisiones de órganos internacionales. Ojalá las ideas vertidas en este espacio motiven a diversos actores de diferentes ámbitos a pensar qué nos hace falta. Insistiría en que el cumplimiento de aquellas representa una ruta cierta para avanzar en la vigencia de los derechos humanos en México.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ANAYA MUÑOZ, Alejandro y GARCÍA CAMPOS, Alán (comps.), *Recomendaciones internacionales a México en materia de derechos humanos. Contrastes con la situación en el país*, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014. http://recomendacionesdh.mx/upload/EnsayosRecomendaciones_WEB.pdf
- GOBIERNO DE LA REPUBLICA, *Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018*. https://www.snieg.mx/contenidos/espanol/normatividad/MarcoJuridico/PND_2013-2018.pdf
- GOBIERNO DE MÉXICO, “La SRE presentó el Sistema de Seguimiento y Atención de Recomendaciones Internacionales en materia de Derechos Humanos (SERIDH)”, Comunicado No. 053. <https://www.gob.mx/sre/prensa/la-sre-presento-el-sistema-de-seguimiento-y-atencion-de-recomendaciones-internacionales-en-materia-de-derechos-humanos-seridh?idiom=es>
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1983.
- KELSEN, Hans, *Teoría generale delle norme*, Turín, Einaudi, 2020.
- MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *Políticas públicas y derechos humanos*, México, Porrúa, 2020.
- REGLAS DE OPERACIÓN DEL FIDEICOMISO PARA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES EN MATERIA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de mayo de 2014. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5346590&fecha=29/05/2014
- SERRANO, Sandra, VÁZQUEZ, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Flacso, 2013.

Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, No. 205.

CORTE IDH, Caso Alvarado Espinoza y otros *vs.* México, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Serie C, No. 370.

CORTE IDH, Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco *vs.* México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Serie C, No. 371.

CLAVES PARA LEER EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN SEDE NACIONAL

Guillermo E. Estrada Adán*

RESUMEN

El 10 de junio de 2011, con la reforma en derechos humanos, distintas partes de la Constitución se rehicieron para ofrecer nuevos horizontes hasta ese momento tímidamente dibujados. El presente texto destaca algunas de las pautas o claves que delinean el renovado papel adquirido por el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en el sistema jurídico mexicano. Esta revisión, que se realiza en tres claves, busca confirmar que, aunque la institucionalización normativa del discurso de los derechos humanos constituye por sí misma un logro parcial, diez años después su verdadera aplicación es todavía un reto que trasciende las leyes. En primer lugar, se hace un repaso para entender de qué modo la reforma al modelo jurídico mexicano constituye una vuelta al humanismo más puro del derecho internacional. Luego, se analiza el papel del DIDH en la era de la financiarización y del pluralismo normativo, en el marco de regímenes del derecho internacional orientados a fortalecer el mercado global. Posteriormente, se aborda el DIDH y el papel de México en la comunidad internacional, para entender este conjunto de normas como una herramienta idónea para pensar en la solidaridad y en la actuación conjunta en el escenario internacional a partir de los derechos de las personas. Por último, se presentan reflexiones acerca de los alcances y retos de esta reforma constitucional.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM) y profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho UNAM. Agradezco los pertinentes comentarios de Pablo Almuli a la primera versión del texto. guillermo.estrada@unam.mx

I. INTRODUCCIÓN

Amalia Iglesias recuerda, en las primeras páginas de *La mañana descalza*, que la etimología, a veces, da pistas esclarecedoras.¹ Indaguemos entonces: según la Real Academia Española de la Lengua, reformar (del latín *reformāre*) significa, entre otras acepciones, “modificar algo por lo general con la intención de mejorarlo”. Reformar es rehacer, volver a formar, modificar a partir de la innovación; supone, a su vez, una alteración del estado de cosas a partir de algo nuevo, distinto, percibido o usado por primera vez. El 10 de junio de 2011, con la reforma en derechos humanos, distintas partes del texto constitucional se rehicieron para ofrecer otros horizontes hasta ese momento tímidamente dibujados. De entre todas las alteraciones a un particular esquema de entender las reglas de derecho y su aplicación, en este trabajo se destacan solamente algunas de las pautas o claves que delinean el renovado papel adquirido por el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en el sistema jurídico mexicano.²

En *La política del derecho internacional*, Martti Koskeniemi asegura que “aunque la retórica de los derechos humanos ha tenido históricamente un efecto positivo y liberador en las sociedades, una vez que los derechos se institucionalizan como una parte central de la cultura política y administrativa pierden su efecto transformador y se petrifican en paradigmas legalistas que marginan valores e intereses”.³ Quizá no le falte razón, pero vale la pena intentar el contraargumento: como si de una obra dramática se tratara, algunas líneas del libreto del derecho internacional de los derechos humanos en México podrían leerse según las siguientes claves: 1) como herencia del más puro humanismo del derecho internacional; 2) como discurso contrahegemónico o fiel de la balanza, si se quiere, frente al acecho de regímenes del derecho internacional orientados a fortalecer el

¹ Vallejo, Irene y Ramón, Inés, *La mañana descalza*, “Introducción” de Amalia Iglesias, Zaragoza, Olifante, 2018, p. 11.

² Vale advertir de inmediato que por derecho internacional de los derechos humanos no se entiende, solamente, la inclusión literal en la Constitución mexicana de *los derechos humanos consagrados en tratados de los que el Estado mexicano sea parte* y la obligación de interpretar las normas de derechos humanos de conformidad con los tratados de la materia, pues debe ser efectiva en todas aquellas otras instituciones que, incluidas o no con claridad en el texto constitucional, hoy se atribuyen a la reforma de 2011. Destacan, por ejemplo, el control de convencionalidad, control difuso de constitucionalidad, parámetro de control de regularidad constitucional, obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) —cuando México no es parte de la controversia—, en clave de colaboración con la jurisprudencia mexicana. Todavía, no obstante, quedan fuera algunas otras instituciones del mismo derecho internacional de los derechos humanos, como las decisiones de órganos de tratados, universales o regionales, que no producen derecho según la concepción clásica, el *ius cogens* o el derecho consuetudinario de los derechos humanos.

³ Koskeniemi, Martti, *La política del derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2020, pp. 145 y ss.

mercado global; o 3) como la posibilidad de crear una comunidad más allá de las fronteras nacionales a partir de los derechos de las personas. En el primer caso, la herencia puede verse como una influencia que se ha generado en algunos momentos del reciente discurso judicial mexicano; en los otros, aparece más como una suerte de brújula que orienta el camino de los años por venir. Con esos códigos de lectura se intenta confirmar que la vía de la institucionalización normativa del discurso de los derechos humanos constituye, por sí misma, un logro parcial; diez años después, su verdadera aplicación es todavía un reto que trasciende a las leyes.

II. CLAVE PRIMERA: SOBRE EL CURRÍCULUM DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y EL HUMANISMO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Las leyes, como las palabras y las personas, tienen currículum. Aunque a veces los órganos legislativos olvidan la deliberación sesuda y abierta y nos hacen creer lo contrario, las leyes fundamentales, las que son capaces de alterar un orden establecido, no nacen de un día para otro. Al contrario, los hechos y los debates que las preceden abonan, tantas veces más lento de lo que quisiéramos y de lo que la sociedad espera, a la configuración de aquello que anhelamos como regla de derecho; tales hechos y su deliberación o asimilación trazan el camino de la *lex ferenda* a la *lex data*. Todo ese andar termina por ser una suerte de hoja de vida de las leyes y establece, al mismo tiempo, el marco por el cual pueden y deben funcionar, así como los límites de su operación. En otras palabras, al conocer la historia de las reglas de derecho podemos evaluarlas según el objetivo por el que fueron creadas, de la misma manera que estaríamos impedidos para reclamarles algo que sencillamente no pueden otorgar. Suele ser esta una contradicción permanente en el discurso jurídico de los derechos humanos: su origen es tan potente como mecanismo de liberación, pero al mismo tiempo contiene limitaciones propias del discurso del derecho.

Desde la perspectiva del derecho internacional, la expresión “derechos humanos”, que terminó por superar la de “garantías individuales” en el texto constitucional mexicano,⁴ está anclada a una visión del mundo marcado por la segunda posguerra del siglo XX. Heredó, a su vez, la base de un discurso construido como límite al poder soberano, según se puede indagar en la tradición liberal francesa, y la transformó en una barrera que impide, o debería impedir, al Estado, al

⁴ Una postura tradicional de las garantías individuales las describe como relaciones de supra a subordinación entre el Estado y sus gobernados. Cfr. Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 30 ed., México, Porrúa, 1998, pp. 155 y ss. El propio Burgoa menciona las posiciones de Fix Zamudio o de Noriega Cantú como distintas a la suya.

soberano de la comunidad internacional, cometer violaciones de la dignidad de las personas.

En *Calle Este-Oeste*, Philippe Sands, al desvelar los vínculos entre las historias de vida y académicas de quienes en los juicios de Núremberg pugnaron por incluir tanto los crímenes en contra de la humanidad como el genocidio, señala que el derecho internacional hasta ese momento estaba asentado en una idea de soberanía traducida en el derecho de un Estado a hacer lo que le placiese, incluso si hubiera que matar a las personas que habitaban en sus territorios. Afirma Sands: “Soberanía significaba soberanía, total y absoluta”.⁵ En ese contexto, las novedosas ideas de Rafael Lemkin y Hersch Lauterpacht tenían la intención de impedir que los Estados tuvieran la libertad de “tratar a sus ciudadanos como quisieran”.

Sorprende que, ya bien entrado el siglo XX, el derecho internacional no se hubiera ocupado de construir normas que protegieran a las personas de los abusivos actos estatales. Por ejemplo, el que después se ha denominado como genocidio armenio transcurrió sin tener reglas jurídicas capaces de regular y sancionar esos actos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) –y, más tarde, los Pactos del 66 y los acuerdos regionales de protección de derechos– o la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), junto con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) trataron de cubrir los amplios vacíos de un derecho que hasta ese momento se había ocupado, casi con exclusividad, de las relaciones interestatales.

Debemos a Lauterpacht, nacido en territorio todavía perteneciente al Imperio Austrohúngaro y víctima, con su familia, de discriminación por su origen judío, la primera factura de un documento pretendidamente internacional que reuniera un catálogo de derechos humanos, con capacidad de generar obligaciones jurídicas para los Estados. A diferencia de documentos previos, como la Declaración de Derechos del Hombre, adoptada en 1929 por el Instituto de Derecho Internacional, e incluso de la posterior Declaración de 1948, Lauterpacht propuso en 1945, en el texto *An International Bill of the Rights of Man*,⁶ un tratado internacional vinculante, en el que el individuo y sus derechos serían la columna vertebral del documento. Había sido tal su empeño en lograr un acuerdo vinculante que a menudo se le recuerda por su posición crítica de la Declaración

⁵ Sands, Philippe, *Calle Este-Oeste*, 2 ed., Barcelona, Anagrama, 2018, pp. 121, 213, 255.

⁶ Lauterpacht, Hersch, *An International Bill of the Rights of Man*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 2013, pp. 9 y ss.

Universal, que en todo caso llegaría a la obligatoriedad mediante la costumbre, pero no como acuerdo estatal.⁷

Escribe el profesor de Cambridge que en el esquema de la soberanía estatal, como pilar del derecho internacional, el Estado no puede ser más un fin en sí mismo, sino el garante del bienestar de las personas.⁸ El giro más importante del derecho internacional en el siglo XX consiste en ubicar al individuo en el centro con sus derechos y las respectivas obligaciones estatales. Gracias a esta visión, el derecho internacional ofrece desde ese momento una manera de vencer la irracionalidad del totalitarismo⁹ al tiempo que recupera la dignidad humana como una noción clave en el discurso jurídico.¹⁰

De esa concepción se nutre la reforma al artículo 1o. constitucional mexicano, ya sea cuando contempla los derechos consagrados en tratados (no solamente los tratados de derechos humanos), cuando propone una interpretación conforme de tratados de la materia o cuando consagra obligaciones genéricas o deberes específicos para las autoridades. La alteración, como reforma del modelo jurídico mexicano, es de tal magnitud que constituye una vuelta al humanismo más puro del derecho internacional.

Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación adopta decisiones que garantizan una educación inclusiva, frente al modelo asistencialista de la educación especial, para personas con discapacidad, ubica a la persona en el centro de la protección y recupera, del DIDH, la importancia de una educación que desarrolle plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima. Adoptar este modelo es también enfatizar la educación como un proceso colectivo, sin diferencias ni segregaciones. La antesala de sociedades inclusivas es, justamente, una educación inclusiva.¹¹

⁷ Mary Ann Glendon apunta: "Hersch Lauterpacht, quien comentó con desprecio que 'la Declaración no es en sí misma un logro de entidad [...] no tiene fuerza legal, y probablemente sólo una insignificante autoridad moral'", en *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, México, Fondo de Cultura Económica, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Universidad Panamericana, 2011, p. 329. Por otro lado, puede leerse, en el propio Lauterpacht: "The present draft of the International Bill of the Rights of Man is based on the assumption that it will be adopted, not as a mere declaration of international policy embodying a statement of principles, but as an instrument creating legal rights and obligations". *Op. cit.*, p. 169.

⁸ Lauterpacht, *ibidem*, p. 50.

⁹ Koskenniemi, Martti, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del Derecho Internacional 1890-1960*, Buenos Aires, Universidad Complutense - Ciudad Argentina, 2005, p. 342.

¹⁰ Cfr. Kolb, Robert, "Hersch Lauterpacht and Human Dignity", en Gattini, Andrea, Garciandia, Rosana y Wedd Philippa (eds.), *Human Dignity and International Law*, Boston, Brill-Nijhoff, 2021, pp. 15 y ss.

¹¹ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Amparo en Revisión 714/2017, ponente: Alberto Pérez Dayán, pp. 25, 28-30.

En el Amparo Directo en Revisión 496/2014,¹² con tino, la Segunda Sala del tribunal constitucional reconoce que, cuando una persona tiene doble nacionalidad, y una de ellas es la mexicana, no pierde su derecho humano a la asistencia consular. Gracias al texto del artículo 1o., que incluye los derechos de fuente convencional (en específico, el derecho consagrado en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares) y el principio *pro persona*, se le respeta el derecho a un ser humano, en cuanto tal, con independencia de las categorías de distinción jurídica-política como la de ser nacional o extranjero. Frente a una postura poco atractiva, que supondría que los tratados ligados al viejo derecho de los legados no podrían generar derechos a las personas, sino derecho y obligaciones a los Estados, la Suprema Corte ubica por encima la dignidad de las personas y le otorga a un nacional el beneficio de un extranjero. El reformado artículo 1o. constitucional, cuando abre la puerta al derecho internacional, confirma en el centro de la protección al ser humano. Esta ruta asegura, no sin escollos, un camino firme en la protección de los derechos, al menos desde el punto de vista de la estructura normativa mexicana.

III. CLAVE SEGUNDA: SOBRE EL PAPEL DEL DIDH

EN LA ERA DE LA FINANCIARIZACIÓN Y DEL PLURALISMO NORMATIVO¹³

En un texto de reciente aparición –identificado por un título provocador para la razón de ser de los juristas: *El Derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*– Estévez Araújo describe la situación actual, con mirada económica, como el sometimiento de los Estados, las empresas no financieras y las familias a la lógica financiera.¹⁴ Una de las consecuencias es que “la actividad de los bancos y demás instituciones financieras se ha desregulado durante el proceso de globalización, es decir, han disminuido las restricciones

¹² Cfr. SCJN, Amparo Directo en Revisión 496/2014, ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Afirma la Corte: “que la persona extranjera detenida sea, además, mexicana es irrelevante para el reconocimiento del derecho humano que le corresponde de conformidad con el artículo 1o. constitucional. Para esta Sala es claro que quien cuenta con doble o múltiple nacionalidad encuentra una protección no sólo como mexicano por el derecho interno, sino además como extranjero para efectos del derecho a notificación, contacto y asistencia consular, de conformidad con la norma referida y el principio *pro persona*”, párr. 78.

¹³ El vocablo *financiarización* no está reconocido por la Real Academia de la Lengua. Existe, no obstante, para describir “el predominio de los intereses del capital financiero sobre los de cualquier otro agente económico y el sometimiento del Estado, las empresas no financieras y las economías familiares a la lógica financiera”. Estévez Araújo, José A., “Las transformaciones económicas de la globalización neoliberal”, en Estévez Araújo, José A., (ed.), *El Derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Madrid, Trotta, 2021, p. 31.

¹⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 30 y ss.

que les imponía la ley y se han relajado o vuelto inoperantes los mecanismos de control de su actividad”. Es el mercado de divisas, y ya no el intercambio de bienes y servicios, lo que predomina en el mundo desde el punto de vista de la capacidad de movimiento de capitales.¹⁵ Un área que suele pagar con sobreprecio las facturas de ese sometimiento es el ya de por sí frágil discurso de los derechos humanos, particularmente los sociales: vivienda, salud, trabajo. Por ejemplo, la crisis financiera que incidió directamente en el mercado inmobiliario en España en años recientes produjo una avalancha de casos sobre el derecho a la vivienda que ya tuvo oportunidad de conocer el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A este fenómeno se suma el auge y desarrollo del derecho internacional de las inversiones en los últimos años, el cual, si bien se puede encontrar en cláusulas exclusivas de los acuerdos comerciales, también aparece en cientos de tratados bilaterales que protegen la inversión. Resulta fácil advertir que el objetivo de tal regulación es la protección de los intereses de los inversionistas de, por ejemplo, una eventual acción estatal que pueda ser considerada como expropiación. Suele decirse que por este derecho los extranjeros suelen tener mejor protección que los nacionales, entre otras razones porque se crean mecanismos internacionales jurisdiccionales que suelen estar a favor de los propios inversionistas.¹⁶

Linarelli, Salomon y Sornorajah, en *The misery of international law*, evidencian cómo el derecho financiero, económico y de las inversiones ha hecho más grande la brecha de desigualdad ya existente desde hace siglos y cómo los ricos se han vuelto más ricos gracias a los aparatos legales que construyen los Estados, pero también a los actores no estatales con tanto o más poder que ellos. Los derechos que se ocupan de la economía global están más interesados en servir a sus propios intereses, perfectamente identificados en los contextos que obedecen a su nacimiento: “the global economy functions in a manner that imposes needless risk on the wider international society and on those least likely to benefit, wealth creation happens by making the rich richer”.¹⁷ El derecho internacional es un derecho de reacción a contextos determinados, con intereses específicos. En ese contexto, el DIDH está posicionado, casi naturalmente, para ser un discurso en

¹⁵ Las cifras que José Estévez recupera de *Triennial Central Bank Survey* y del *Examen estadístico del comercio mundial* de la Organización Mundial del Comercio (OMC), muestran que, para 2019, el mercado de divisas movió el mismo dinero en cuatro días de lo que haría en un año el comercio mundial. *Ibidem*, p. 32.

¹⁶ Cfr. Sweetland Edwards, Haley, *Shadow courts: the tribunals that rule global trade*, Nueva York, Columbia Global Reports, 2016.

¹⁷ Linarelli, John, Salomon Margot E. y Sornorajah M., *The misery of International Law. Confrontations with injustice in the global economy*, Reino Unido, Oxford University Press, 2018, p. 226

contra de las posiciones dominantes y, en su propuesta, debe tener un rol mucho más activo; de no hacerlo, el peligro es que adquiera un discurso legitimador del otro derecho.

El DIDH también obedece a sus propias misiones y objetivos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos no es un tribunal neutral, pues su agenda interpretativa-normativa y política es la de proteger los derechos humanos de las personas en la región. Con insistencia, el tribunal interamericano ha ofrecido razones que le permiten salirse de las reglas del derecho internacional general para ofrecer una distinta interpretación. Una de esas razones, al decir del propio tribunal, suele ser la especificidad de los tratados de derechos humanos, “por lo que la interpretación de las normas se debe desarrollar a partir de un modelo basado en valores que el sistema interamericano pretende resguardar, desde el ‘mejor ángulo’ para la protección de la persona”.¹⁸ Sin que exista una metodología o una propuesta para identificar esos valores, que, por otro lado, suponen una construcción colectiva.

Más allá de que siempre puede analizarse el papel de la Corte IDH y someter a evaluación sus razones para decidir de uno o de otro modo, lo que demuestra es que el derecho internacional suele trabajar de forma separada, como si fueran compartimentos estancos de un propio recinto. Si buscamos un protagonismo real del DIDH, no podemos seguir pensando que sea un régimen exclusivamente autorreferencial, sino uno que pueda dialogar, decididamente, con otros regímenes del derecho internacional.

El derecho internacional público contemporáneo asiste, pues, a una transformación en distintas vías. En el sistema de fuentes del derecho, recibe mensajes claros sobre la pérdida del valor de la voluntad estatal individualizada, y adquieren peso considerable las posiciones universalistas, las colectivas, que pueden sobreponerse incluso a las negativas de otros Estados (*ius cogens, persistent objector*). Existe también una tendencia clara a que participen actores no estatales, incluidas las empresas, en el diseño de reglas de derecho —o, incluso, de reglas no jurídicas que terminan por regular conductas estatales—. Nociones como derecho global¹⁹

¹⁸ Corte IDH, “La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.I), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos”. Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020, Serie A, No. 26, párr. 51. Una reproducción anterior puede encontrarse en Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, No. 205, párr. 33.

¹⁹ Véase, por ejemplo, Walker, Neil, *Intimations of global law*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2015, pp. 1-54.

o redes y organizaciones regulatorias transgubernamentales,²⁰ sin olvidar la fuerza de posiciones anteriormente consideradas como *soft law* —mientras en México cada vez aparecen con mayor frecuencia en el foro las referencias, a veces sin rigor, a documentos que en principio no son obligatorios—,²¹ ofrecen estructuras que buscan solucionar problemas más o menos comunes. Las organizaciones transnacionales regulatorias desarrollan marcos normativos que, sin ser vinculantes, sí marcan pautas para la conducta de los Estados; conviven, además, con organizaciones internacionales de tipo clásico.

En tal escenario, bien se puede pensar en un diálogo entre actores con distinto poder de actuación y decisión, pero interesados en el fenómeno internacional. El DIDH, si busca un lugar protagónico, tendría que ser quien modere la discusión a través del ofrecimiento de conceptos y soluciones.

Cuando se piensa en préstamos o usos conceptuales que nacieron en un contexto, pero pueden servir para resolver otro distinto, destacan, en jurisprudencia internacional, al menos dos casos donde en el centro de las disputas se desarrollaron nociones propias del DIDH y de otros derechos, que apelan más a valores colectivos que a la técnica propia de los juristas. El tribunal arbitral, presidido por el profesor Bernardini,²² que resolvió la disputa entre la empresa tabacalera Philip Morris y Uruguay, marcó un camino por andar al resolver a favor del Estado a partir de una noción construida y ampliamente utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el margen de apreciación estatal; en el caso, el argumento es aplicable a las agencias nacionales de regulación. El alegato de la empresa tabacalera²³ intentaba fragmentar el derecho internacional al suponer que ese era una

²⁰ Bonet Pérez, Jordi, "Transformaciones contemporáneas del derecho internacional público", en Estévez Araújo, *op. cit.*, pp. 262 y ss.

²¹ Como ejemplo véase el proyecto presentado por el ministro González Alcantará Carrancá al Amparo en Revisión 636/2019, no aprobado por la mayoría, pero interesante en las consideraciones sobre *soft law*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 636/2019, ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá, párr. 52 y ss.

²² Destaca, además, que el árbitro designado por el Estado uruguayo, el demandado en el caso, fuera James Crawford, profesor de derecho internacional en Cambridge, antiguo miembro de la Comisión de Derecho Internacional, célebre por heredar (entre otros, de Ago y Riphagen) y culminar la relatoría sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Además, parte del equipo del demandado era el profesor de derecho internacional de la Universidad de Yale, Harold Koh, quien ha destacado también por su trabajo relacionado en temas de derechos humanos. *Cfr.* Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), "Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. y República Oriental del Uruguay", Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo de 8 de julio de 2016, p. ii y párr. 18.

²³ "Según las demandantes, el 'margen de apreciación' no se aplica en el presente procedimiento ya que es un concepto aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos humanos para interpretar la redacción específica del Artículo 1 del Protocolo del Convenio, no de una disposición análoga perteneciente al TBI", CIADI, *cit.*, párr. 398.

institución propia del régimen de derechos humanos y no del de inversiones. El tribunal ensayó con éxito la construcción de puentes entre regímenes bien establecidos del derecho internacional, cuando afirmó que el margen de apreciación no se circunscribe al ámbito de la protección territorial europea, sino en casos donde un Estado guarda una facultad de revisión o de policía en temas de interés colectivo, como la salud pública.

En el informe “Comunidades europeas. Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas”,²⁴ el Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio revisó el régimen de la Unión Europea para las focas, que establece en específico normas concernientes a la comercialización de productos derivados de dichos animales. En el preámbulo del Reglamento 1007/2009 del Parlamento y del Consejo de Europa, se lee, por ejemplo: “las focas son seres sensibles que pueden experimentar dolor, angustia, miedo y otras formas de sufrimiento” y, en el párrafo 4: “la caza de focas ha generado muestras de gran preocupación entre los ciudadanos y los Gobiernos, sensibles a las consideraciones del bienestar de los animales”.²⁵ Por tanto, la preocupación de las personas relativa al bienestar de los animales, dice el órgano jurisdiccional, está ligada a la existencia de criterios de lo bueno y lo malo en la Unión Europea; tales preocupaciones corresponden a una discusión sobre moral pública y, por lo tanto, las medidas se pueden acreditar como objetivo legítimo en términos de los acuerdos comerciales. Vale advertir, más allá de la discusión sobre temas propiamente comerciales, la referencia a un concepto —que si bien está contemplado en normas jurídicas— apela a preocupaciones colectivas y adquiere, por tanto, una dimensión ética.²⁶

En México, cada vez con mayor frecuencia, quienes operan el derecho se enfrentan a las disyuntivas de pensar dialógicamente las normas internacionales en sede nacional. Situaciones como las producidas por el auge del mercado inmobiliario en ciudades como la capital mexicana, las relacionadas con el proyecto Tren Maya y los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, la regulación

²⁴ OMC, *Comunidades Europeas. Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas*, Informes del Órgano de Apelación, AB-2014-1, AB-2014-2, 22 de mayo de 2014, pp. 151, párr. 5.179.

²⁵ *Diario Oficial de la Unión Europea*, Reglamento (CE) No. 1007/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 sobre el comercio de productos derivados de la foca, L. 286/36.

²⁶ El órgano de apelación reconoce que, en este caso, el Grupo Especial aceptó la definición de moral pública tal como se había entendido en el grupo de Estados Unidos – Juegos de Azar: “normas de buena y mala conducta por parte de o en nombre de una comunidad o nación”. OMC, *Comunidades Europeas*, cit., párr. 5.199.

de la propiedad intelectual y la salud de las personas, permitirían tener un mismo objeto de estudio visto desde distintas perspectivas jurídicas.

La Universidad Nacional Autónoma de México inició un proceso para evitar la construcción de dos torres residenciales a pocos metros de su entrada principal. Pendiente de decisión, y atraído por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el caso pondrá en discusión una buena dosis de derecho internacional, pues han quedado incluidas normas relacionadas con la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural.

Si la reforma de derechos humanos lo es en el sentido de alterar una estructura establecida, entonces vale que se insista en el DIDH como una suerte de argumento contrahegemónico, de contrapeso, en el mundo de la globalización económica. No como un peldaño jerárquico más –para lo que haría falta mucho más construcción, diálogo y argumentos–, sino para ofrecer soluciones mediadas, donde sea la persona la que se ubique como centro de la discusión.

Ni jerarquía absoluta ni negación de la globalización, pues el propio discurso de los derechos humanos es global o, al menos, pretendidamente global –en el sentido de alcanzar la mayoría de los territorios del mundo–. Se trata, sobre todo, de construir soluciones compartidas –pues no valen aquí los discursos que engrandecen los nacionalismos, ni siquiera en caso de explotación de recursos– y de pensar en perspectiva global. Frente a la desregulación de ciertos aspectos de la vida humana que desembocan en la fragilidad de los derechos, vale pensar en un DIDH que sopesa los intereses comunes y pugne por su aplicación. No es, tampoco, un recurso a la jerarquía normativa internacional, que supondría una estructura determinada en la que la existencia de normas superiores e inferiores resolviera los conflictos posibles entre ellas. El derecho internacional –excepción hecha del estatus que tienen algunas normas por considerarse *ius cogens*, o de las obligaciones contraídas en la Carta de las Naciones Unidas, artículo 103– no admite criterios jerárquicos, ni por razones formales, en la medida en que, por ejemplo, no son siempre los mismos órganos quienes crean las reglas, ni por razones materiales, pues no hay todavía un mecanismo contundente que delibere sobre la existencia de los valores comunes.

Así pues, no puede darse el argumento de la jerarquía del DIDH sobre otras reglas internacionales sin antes ofrecerse razones sólidas. Sobre todo si las normas que protegen derechos humanos no gozan del privilegio de considerarse como *ius cogens*.²⁷ Lo que sí puede hacerse es evitar que las normas de derechos humanos

²⁷ Que las normas de derechos humanos sean consideradas *ius cogens* pertenece más al mundo de la *lex ferenda* que al de la *lex lata*. El *ius cogens* no surge por la afirmación de los juristas,

dialoguen solo entre ellas. La apertura al DIDH lograda en 2011 será también una manera de conseguir la internormatividad del ordenamiento jurídico.²⁸

IV. CLAVE TERCERA: SOBRE EL DIDH Y EL PAPEL DE MÉXICO EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Al desarrollar un auténtico manifiesto por la lectura, Irene Vallejo construye una frase que vale recuperar: “en un mundo narcisista y ególatra, lo mejor que le puede pasar a uno es ser todos”,²⁹ y agrega: “la cualidad de sumergirse en el lugar del otro y bucear en aguas distantes no solo enriquece nuestra intimidad, sino nuestra vida privada, la convivencia cotidiana, las habilidades sociales que desplegamos, y expande sus beneficios hasta la política internacional”. La pandemia producida por el Sars-Cov-2, que mantuvo a la población mundial (aquella que podía hacerlo) recluida en sus casas durante una buena cantidad de meses entre 2020 y 2021, demostró que, además de las ausencias normativas en la gobernanza global sanitaria, hace falta una buena dosis de solidaridad, no solamente con nuestro barrio y ciudad sino con el mundo entero.³⁰

La noción de comunidad internacional aparece otra vez para demostrar que las fronteras territoriales, los nacionalismos, deben ceder su lugar a un decidido discurso de intereses comunes. Por primera vez en mucho tiempo, afirma Slavoj Žižek no sin ironía, la calamidad de la pandemia no puede ser atribuida a los inmigrantes y refugiados, argumento funcional en una sociedad que con frecuencia ve en el Otro oriental el origen de la amenaza al *statu quo* de occidente. Lo que sí ha demostrado la pandemia es una profunda necesidad de cooperación global: “quizá se propague y con suerte nos infecte otro virus ideológico mucho más beneficioso: el virus de pensar en una sociedad alternativa, una sociedad

aun cuando sea dicha con vehemencia. No se trata de actos de habla con efectos performativos. Para esta posición, se siguen sendos estudios de la Comisión de Derecho Internacional: 1) *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 58o. periodo de sesiones, A/61/10, 2006; 2) *Informe 2019*, Documentos Oficiales, Septuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10, A/74/10. Por último, para una sesión crítica sobre el *ius cogens* en la jurisprudencia interamericana, puede verse: Estrada Adán, Guillermo E., “La Corte y las normas del *ius cogens*”, en Astudillo, César y García Ramírez, Sergio (coords.), *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Organización, funcionamiento y trascendencia*, México, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 1069 y ss.

²⁸ Cfr. Bonet Pérez, *op. cit.*, p. 256 y ss.

²⁹ Vallejo, Irene, *Manifiesto por la lectura*, Madrid, Siruela, 2020, pp. 22-24.

³⁰ Cfr. Giordano, Paolo, *En tiempos de contagio*, Barcelona, Salamandra, 2020, p. 39.

que vaya más allá del Estado-nación, una sociedad que se actualice en forma de solidaridad”.³¹

Sobre esto se presenta la tercera clave para leer el papel del DIDH en México: la apertura al exterior como una forma de construir comunidad a partir de la protección de los derechos. Joseph Weiler afirma que el hito de la comunidad es apropiarse o definir bienes comunes, que bien pueden ser materiales, funcionales o espirituales. En estos últimos ubica los derechos humanos y los caracteriza como espacios donde los Estados no pueden más ejercer su soberanía exclusiva.³²

La reforma de 2011 le proporcionó a México las herramientas constitucionales necesarias para abrirse al exterior, en el marco de la protección de los derechos humanos. El artículo 89, que desarrolla las facultades del presidente de la república, también se reformó para incluir la protección de los derechos humanos como principio de la política exterior. El renovado artículo 1o., junto con el 89 –y hay quien incluye todavía el 133– hacen que México mire al exterior bien asentado en el discurso de los derechos. La situación se dice más fácil de como realmente opera o debiera operar.

Alejandro Rodiles sostiene que habría al menos dos maneras de entender la emergencia de un derecho común para América Latina: el neoconstitucionalismo y el *ius constitutionale commune americanum*.³³ En ambos, México ha tenido y tiene un papel de importancia, por el liderazgo de su gobierno, por la potencia y presencia de su academia jurídica, por las personas que han ocupado ciertas posiciones en los órganos regionales de protección de derechos humanos, por el papel que la sociedad civil ha tenido en el desarrollo del sistema interamericano, particularmente abogadas y abogados actores fundamentales en distintos casos ya resueltos, incluso cuando México no es demandado. El neoconstitucionalismo está definido por el rol que los derechos humanos asumen en los textos constitucionales. México llegó claramente a este modelo a partir de la reforma de 2011. En cuanto a la segunda manera, está mucho más determinada por la influencia académica del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, que mira las funciones de la Comisión y de la Corte Interamericanas de

³¹ Žižek, Slavoj, *Pandemia. La covid -19 estremece al mundo*, Barcelona, Anagrama, 2020, pp. 41, 45-46.

³² Cfr. Weiler, J. H. H., “La geología del derecho internacional –gobernanza, democracia y legitimidad”, *Revista Derecho del Estado*, num. 46, mayo-agosto de 2020, p. 17 [“The geology of international law –Governance, democracy and legitimacy”, *Heidelberg Journal of International Law*, núm. 64, 2004, p. 556].

³³ Rodiles, Alejandro, “The law and politics of the *pro persona* principle in Latin America”, en Aust, Philipp y Nolte, Georg (eds.), *The interpretation of international law by domestic courts. Uniformity, diversity, convergence*, Nueva York, Oxford University Press, 2016, pp. 156-160.

Derechos Humanos como lugares idóneos para construir estándares comunes a los Estados parte de la Convención e, incluso, a los miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Se ha adoptado, incluso, el acrónimo Iccal para referirse al *Ius Constitutionale Commune en América Latina* como “un enfoque regional sobre el constitucionalismo transformador”³⁴. Frente a la exclusión o desigualdades estructurales, el Iccal apunta a un fortalecimiento de la democracia, del Estado de derecho y de los derechos humanos. Si la discusión se centra en plantearnos si las Américas y el Caribe pueden tener posiciones comunes con, o a pesar, de sus diferencias, el enfoque que se plantea no es homogeneizador.³⁵ Lo que sí busca es reflexionar sobre el papel que los órganos regionales interamericanos juegan en el escenario americano, sobre todo a partir de la protección de los derechos.

No podemos poner en discusión (no deberíamos hacerlo) la importancia de trabajar en redes estatales e incluso no estatales para abatir los problemas que nos aquejan. Por eso se ha insistido en que el discurso nacionalista, incluso el que defiende los recursos solo por el hecho de ubicarse en territorio mexicano, no es lo que se buscaba con la reforma de 2011. Al contrario, el diálogo con el exterior no solo permite la exploración de la vía jurisdiccional o del control de convencionalidad, sino que actúa como eje rector de la interacción política con una comunidad más allá de las fronteras nacionales.

Es cierto que dialogar no significa solamente citar en ejecutorias de amparo ciertos párrafos de las decisiones de la Corte IDH o de órganos de protección de tratados; es asunto, sobre todo, de incorporarlos en los razonamientos y en las decisiones. En el sitio web Derechos Humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ofrece ya una sólida información sobre el tema, incluido un buscador jurídico que recupera las decisiones de los órganos regionales y de tribunales constitucionales de Estados americanos. No obstante, sigue vigente la pregunta de cómo apuntalamos la construcción de una comunidad más allá de la potencia que puede tener el discurso judicial.

Nuestros problemas, nuestros fenómenos, suelen ser también los problemas de otros, y viceversa. Las soluciones que proponamos deberán venir acompañadas

³⁴ Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Una mirada a un constitucionalismo transformador”, en Von Bogdandy, Armin, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer MacGregor, Eduardo (coords.), *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina. Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, IJ-UNAM, Corte IDH-OEA, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2016, p. 71.

³⁵ *Ibidem*, p. 81.

de esa perspectiva. El DIDH es la herramienta idónea para hacerlo. Es, quizá, sin perder de vista los orígenes liberales individualistas, uno de los razonamientos mejor acabados para pensar en solidaridad y en actuación conjunta.

V. REFLEXIÓN FINAL

Cuando se modifica una Constitución suponemos que ese documento cuenta con la fuerza normativa, incluso espiritual, y con la capacidad de cambiar instituciones, sociedades, personas. A veces tal resultado no llega. Una mirada a la desigualdad de nuestra sociedad, a los índices de pobreza y de violencia en distintos niveles y frente a distintos grupos —la mayoría en situación de vulnerabilidad: infancia, mujeres, indígenas, migrantes—, junto con el aumento de las desapariciones forzadas, entre otras tantas variables, indican que el afamado éxito de la incorporación constitucional de los derechos humanos no se corresponde con la vida cotidiana de su protección. Diez años después, si nos preguntamos si la ruta de la alteración constitucional era la correcta, tendremos que confirmar que sí, que el texto constitucional es de los últimos escalones que nos quedan para regular nuestras sociedades y, gracias a ello, apelar a los valores que ponemos ahí, en forma de reglas jurídicas, para conseguir mejores escenarios. La perspectiva geológica del derecho internacional, la que propone también Weiler, supone, además, que los pisos normativos que ponemos hoy constituyen las capas geológicas donde se asentarán las instituciones de mañana.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BOGDANDY, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Una mirada a un constitucionalismo transformador”, en VON BOGDANDY, Armin, MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina. Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, IJ-UNAM, Corte IDH-OEA, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2016.
- BONET PÉREZ, Jordi, “Transformaciones contemporáneas del derecho internacional público”, en ESTÉVEZ ARAÚJO, José A. (ed.), *El Derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Madrid, Trotta, 2021.
- BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 30 ed., México, Porrúa, 1998.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, Informe

- de la Comisión de Derecho Internacional 58o. periodo de sesiones, A/61/10, 2006.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Informe 2019*, Documentos Oficiales, Septuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10, A/74/10.
- Diario Oficial de la Unión Europea*, Reglamento (CE) No. 1007/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 sobre el comercio de productos derivados de la foca, L. 286/36. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R1007&from=SV>
- ESTÉVEZ ARAÚJO, José A., “Las transformaciones económicas de la globalización neoliberal”, en ESTÉVEZ ARAÚJO, José A. (ed.), *El Derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Madrid, Trotta, 2021.
- ESTRADA ADÁN, Guillermo E., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las normas del *ius cogens*”, en ASTUDILLO, César y GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coords.), por publicar.
- GIORDANO, Paolo, *En tiempos de contagio*, Barcelona, Salamandra, 2020.
- GLENDON, Mary Ann, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, México, Fondo de Cultura Económica, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Universidad Panamericana, 2011.
- KOLB, Robert, “Hersch Lauterpacht and Human Dignity”, en GATTINI, Andrea, GARCÍANDIA, Rosana y WEDD, Philippa (eds.), *Human dignity and international law*, Boston, Brill-Nijhoff, 2021.
- KOSKENNIEMI, Martti, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del Derecho Internacional 1890-1960*, Buenos Aires, Universidad Complutense - Ciudad Argentina, 2005.
- KOSKENNIEMI, Martti, *La política del derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2020.
- LAUTERPACHT, Hersch, *An International Bill of the Rights of Man*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 2013.
- LINARELLI, John, SALOMON, Margot E. y SORNORAJAH M., *The misery of international law. Confrontations with injustice in the global economy*, Reino Unido, Oxford University Press, 2018.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Comunidades Europeas. Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas*, Informes del Órgano de Apelación, AB-2014-1, AB-2014-2, 22 de mayo de 2014.
- RODILES, Alejandro, “The law and politics of the *pro persona* principle in Latin America”, en AUST, Philipp y NOLTE, Georg (eds.), *The interpretation of international law by domestic courts. Uniformity, diversity, convergence*, Nueva York, Oxford University Press, 2016.
- SANDS, Philippe, *Calle Este-Oeste*, 2 ed., Barcelona, Anagrama, 2018.
- SWEETLAND EDWARDS, Haley, *Shadow courts: the tribunals that rule global trade*, Nueva York, Columbia Global Reports, 2016.

- VALLEJO, Irene y RAMÓN, Inés, *La mañana descalza*, Introducción de Amalia Iglesias, Zaragoza, Olifante, 2018.
- VALLEJO, Irene, *Manifiesto por la lectura*, Madrid, Siruela, 2020.
- WALKER, Neil, *Intimations of global law*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2015.
- WEILER, J. H. H., “La geología del derecho internacional –gobernanza, democracia y legitimidad”, *Revista Derecho del Estado*, num. 46, mayo-agosto de 2020.
- WEILER, J. H. H., “The geology of international law –Governance, democracy and legitimacy”, *Heidelberg Journal of International Law*, núm. 64, 2004.
- ŽIŽEK, Slavoj, *Pandemia. La covid -19 estremece al mundo*, Barcelona, Anagrama, 2020.

Jurisprudencia

- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (Ciadi), “Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. y República Oriental del Uruguay”, Caso Ciadi No. ARB/10/7, Laudo de 8 de julio de 2016.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, No. 205.
- CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020, Serie A, No. 26.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), Amparo Directo en Revisión 496/2014, ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.
- SCJN, Amparo en Revisión 636/2019, ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2020-07/AR-636-2019-200716.pdf
- SCJN, Amparo en Revisión 714/2017, ponente: Alberto Pérez Dayán.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA UNIVERSAL DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Alán García Campos*

RESUMEN

Este ensayo examina la relación entre la reforma constitucional de derechos humanos de 2011 y la vinculación del país con diversas instancias internacionales del Sistema Universal de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Para ello, propone un análisis comparativo de las acciones y procedimientos emprendidos por el Estado y múltiples organismos internacionales de control, diez años antes de la reforma constitucional y diez años después de la misma. Esta revisión contrastada de visitas, informes, dictámenes, comunicaciones, recomendaciones y tratados de derechos humanos entre estos dos periodos arroja que, pese a algunos avances –como la aceptación de la competencia del Comité contra la Desaparición Forzada o un mayor conocimiento de casos por parte de los órganos de supervisión–, la reforma constitucional del 2011 no ha fortalecido la relación del Estado mexicano con el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional de derechos humanos marcó un hito. Su adopción generó un nuevo paradigma que ha tenido, sin lugar a dudas, importantes efectos en favor de la promoción, protección y garantía de los derechos humanos. Al aprobarse, se transformaron positivamente varios de los pilares constitucionales

* Trabajador en la Oficina en México del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos; profesor en materias relacionadas con derechos humanos, derecho constitucional y derecho internacional en diversas universidades de México. Todo lo expresado en el presente ensayo es obra exclusiva del autor y no representa necesariamente la posición de la institución donde labora o ha impartido la docencia. agarcia@ohchr.org

en materia de derechos humanos.¹ Uno de los artículos constitucionales reformados fue el 89, relativo a la política exterior. En virtud de la reforma se agregó “el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos”, como principios normativos de la política exterior. El presente ensayo pretende mostrar las relaciones entre la reforma constitucional y la vinculación de México con algunas de las instancias internacionales del sistema universal de promoción y protección de los derechos humanos en determinados ámbitos. A partir de ciertos temas, sobre los cuales existe información pública disponible, se analiza la evolución en la relación que el Estado mexicano ha sostenido con los órganos del Sistema de la Organización de las Naciones Unidas.² La metodología de trabajo principalmente empleada consiste en comparar, cuando esto es posible, lo que ocurrió en los diez años previos a la entrada en vigor de la reforma constitucional de derechos humanos con los diez años transcurridos desde entonces, tomando como referencia algunas de las principales atribuciones de los órganos mencionados. De esta forma, se podrá observar si hay un paralelismo entre la reforma constitucional y un mayor ejercicio en algunas de las competencias de dichos órganos. El ensayo no pretende ser exhaustivo en la descripción de la relación existente, sino dar algunas pistas y abrir algunos espacios para ejercicios de reflexión futura.

II. VISITAS DE PAÍS

Los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos son mandatos desempeñados por personas expertas independientes en una diversidad de temas, quienes están habilitados para hacer visitas a los países. Dichas visitas se realizan con el objetivo de evaluar la situación de derechos humanos en ellos. Durante las mismas, los expertos de Procedimientos Especiales se reúnen con diversos actores, tanto públicos como no gubernamentales, incluyendo agencias de Naciones Unidas y otros organismos internacionales. Las hallazgos, conclusiones y recomendaciones de las visitas se publican y presentan ante el Consejo de Derechos Humanos. De 1997 a mayo de 2021 México fue visitado 24 veces por Procedimientos Especiales. En marzo de 2001, el país realizó una invitación permanente, es decir, una invitación a todos los representantes de Procedimientos Especiales a

¹ La reforma constitucional en derechos humanos debe encuadrarse con la adopción, casi simultánea, de la reforma constitucional en materia de amparo.

² El presente ensayo se centra exclusivamente en el sistema universal de promoción y protección de los derechos humanos, por lo que no abarca la relación de México con el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos.

través de la cual el Estado anunció que aceptaría todas las visitas solicitadas. Sin duda, una buena noticia, que recién cumplió 20 años.³

Para tomar un referente objetivo acerca del impacto que ha tenido la reforma constitucional en derechos humanos como elemento para la realización de visitas por parte de Procedimientos Especiales, el tiempo es un buen indicador. En este sentido, en los diez años anteriores desde la entrada en vigor de la reforma constitucional de derechos humanos fueron doce las visitas por Procedimientos Especiales adelantadas en el país y a partir de la entrada en vigor han sido ocho. Estos datos indican que la reforma constitucional no ha potenciado la realización de visitas. Por el contrario, las mismas se han reducido en una tercera parte (cuatro).

Podría argüirse que la pandemia del covid-19 ha interferido en la realización de las visitas de los Procedimientos Especiales, lo que es cierto.⁴ En este sentido, considerando que la pandemia fue oficialmente declarada en marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud (OMS), una opción sería reducir del plazo de estimación de diez años los meses transcurridos en pandemia. La comparación arrojaría prácticamente el mismo resultado, pues en un periodo de 8 años 9 meses, antes de la pandemia, se habrían realizado once visitas, por ocho efectuadas con posterioridad. Lo anterior acredita que la reforma constitucional no ha sido un factor acelerador de las visitas por parte de Procedimientos Especiales. Por el contrario, su realización se ha visto reducida, a pesar del número cada vez más creciente de mandatos del Consejo de Derechos Humanos (en la actualidad 44), la formulación ascendente de solicitudes de visitas (en la actualidad, 12 están pendientes de realización⁵) y la existencia de una invitación permanente por parte del Estado.

Los órganos creados en virtud de los tratados también pueden realizar visitas a los países y desarrollar investigaciones, si reciben información fidedigna sobre violaciones graves o sistemáticas de los tratados ratificados por un Estado parte. En relación con México, existen cuatro comités habilitados para desarrollar dicha atribución: el Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Comité contra la Desaparición Forzada. El Estado mexicano

³ Información disponible en: Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), "Visitas a los países de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos desde 1998", México. <https://spinternet.ohchr.org/ViewCountryVisits.aspx?visitType=all&country=MEX&Lang=sp>

⁴ Las visitas programadas de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos, han sido pospuestas en el marco de la pandemia.

⁵ Información disponible en OHCHR, "Visitas a los países de los procedimientos especiales", México.

aún no ha ratificado los protocolos facultativos pertinentes que permitirían al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al Comité de los Derechos del Niño realizar dicha función.

De nueva cuenta, tomando como referente una temporalidad de diez años antes y después de la entrada en vigor de la reforma constitucional en derechos humanos, se observa que la aprobación de la reforma no supuso un incremento de las visitas por parte de los órganos de supervisión de los tratados. En los diez años anteriores, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer realizaron una visita al país. Desde la entrada en vigor de la reforma constitucional en derechos humanos, no se ha realizado ninguna visita de esta naturaleza, no obstante que, desde el año 2013, el Comité contra la Desaparición Forzada ha solicitado una visita con base en de lo dispuesto por el artículo 33 de la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*.

Mención aparte merece el Subcomité para la Prevención de la Tortura, quien, de acuerdo con el *Protocolo facultativo contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, puede desarrollar visitas periódicas a los Estados parte. En este caso, una visita se ha realizado a México con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma constitucional de derechos humanos y una visita con posterioridad. De acuerdo con el artículo 16 del *Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, el Subcomité para la Prevención publicará su informe siempre que el Estado parte le pida que lo haga. Los dos informes derivados de las visitas a México del Subcomité para la Prevención de la Tortura se han hecho públicos (el primero de los informes a partir de una resolución dictada por el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, producto de una solicitud de información formulada por actores de la sociedad civil; el segundo por decisión del gobierno).

En conclusión, la entrada en vigor de la reforma constitucional de derechos humanos no ha sido un factor acelerador de la realización de visitas por parte de los mecanismos de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

III. EXAMEN DE LOS INFORMES PERIÓDICOS DE MÉXICO ANTE LOS ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN DE LOS TRATADOS

Si se compara cómo ha evolucionado la atribución de los órganos de supervisión de los tratados de examinar los informes periódicos que presentan los Estados partes, se comprueba que en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la reforma constitucional de derechos humanos se realizaron doce ejercicios

de revisión a México, igual número que el registrado en los diez años posteriores a la entrada en vigor. Cabe acotar que en los diez años previos a la entrada en vigor de la reforma constitucional el número de tratados internacionales de derechos humanos vigentes para México era menor, lo que significa que el universo de posibles revisiones periódicas ha aumentado en la medida en que han entrado en vigor algunos instrumentos internacionales en los últimos años, sin que esta circunstancia se haya traducido en un mayor número de ejercicios de revisión a México.⁶ De igual manera relevante resulta el decir que, al momento de escribir el presente ensayo, el Estado mexicano no cuenta con retraso alguno en la presentación de sus informes periódicos ante los órganos de supervisión de los tratados, lo cual es positivo y un buen indicador del relacionamiento con dichos órganos.

IV. DICTÁMENES EMITIDOS POR LOS ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN DE LOS TRATADOS

El marco temporal adoptado en el presente ensayo indica que donde sí se ha presentado un cambio relevante es en relación a la emisión de dictámenes por parte de los órganos de supervisión de los tratados. Ciertamente, el conocimiento por parte de dichos órganos depende del accionar de personas que alegan una violación de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, pero también de la apertura mostrada por el Estado para abrir las avenidas de justicia-bilidad ante los órganos de supervisión.

En marzo de 2002, México aceptó las competencias del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, del Comité de Derechos Humanos, del Comité contra la Tortura y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; en 2007 aceptó la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios (atribución aún no vigente a nivel mundial, por no haberse alcanzado el número que contempla la convención respectiva) y en 2020 del Comité contra la Desaparición Forzada.

Para mayo de 2021, nueve dictámenes han sido aprobados por los órganos de supervisión de los tratados. Todas las comunicaciones se presentaron con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma constitucional de derechos humanos. En ocho de los nueve dictámenes se ha determinado la responsabilidad

⁶ En esta comparativa cabe aclarar que el número de revisiones a un país depende, entre otros factores, del número y periodicidad de los informes presentados por los Estados y del calendario que adopta cada Comité para llevar a cabo las revisiones.

internacional del Estado. Seis casos han sido resueltos por el Comité de Derechos Humanos, uno por el Comité contra la Tortura, uno por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y uno por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

V. ACCIONES URGENTES DEL COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA

Una herramienta disponible en México, casi a la par de la entrada en vigor de la reforma constitucional de derechos humanos, es la acción urgente ante el Comité contra la Desaparición Forzada, cuya finalidad es que se busque y localice a una persona desaparecida, sobre la base de lo dispuesto por el artículo 30 de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, vigente desde diciembre del 2010. En este rubro no hay punto posible de comparación antes y después de la reforma constitucional. No obstante, hay que destacar el amplio uso de las acciones urgentes y el debate en curso ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación a su carácter y naturaleza.

De 2012 al 31 de agosto del 2020, el Comité contra la Desaparición Forzada registró un total de 968 solicitudes de acción urgente. De estas, 413 se relacionan con México. En 85% de los casos, el Comité ha remitido recordatorios al Estado mexicano para que responda. Permanecen desaparecidas 323 personas de las 367 sobre cuyos casos relacionados con eventos ocurridos en México el Comité ha emitido una acción urgente.⁷

VI. COMUNICACIONES Y OPINIONES DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS

De junio de 2011 a abril del 2021, 157 comunicaciones han sido remitidas por los expertos de Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos a México. De este universo, en 100 de estas comunicaciones el Estado ha respondido. Ello supone que el Estado mexicano ha dado respuesta aproximadamente a dos de cada tres comunicaciones. Ahora bien, si se compara con la media global registrada en los últimos años, en donde de las 6,072 comunicaciones enviadas los Estados han respondido a 3,226, esto es, el 53.12% de las comunicaciones remitidas, México estaría dando una respuesta mayor a la que se registra a nivel global, aunque todavía falta un importante camino para alcanzar la respuesta a todas las comunicaciones.

⁷ Comité contra la Desaparición Forzada, "Report on requests for urgent action submitted under article 30 of the Convention", CED/C/19/2, octubre de 2020, <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CED/Pages/ConventionCED.aspx>

En el caso del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, el cual tiene la facultad de emitir opiniones sobre casos individuales, de las 47 decisiones emitidas en relación con México, en 32 el Grupo de Trabajo ha estimado que se ha cometido una detención arbitraria, en 14 no ha emitido decisión al no contar con elementos suficientes y en una ha considerado que la detención no ha sido arbitraria. De las 47 decisiones, 27 se han resuelto con posterioridad a la reforma constitucional de derechos humanos, esto es, en los diez años transcurridos desde entonces. En los diez años previos a la adopción de la entrada en vigor de la reforma constitucional fueron 11 los casos resueltos por el Grupo de Trabajo. Ello evidencia un incremento notable en el uso de esta herramienta por parte de las personas que perciben que han sido afectadas por esta violación a los derechos humanos.

VII. RECOMENDACIONES DE LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS

Al tomar como referente la fecha de adopción de la reforma constitucional de derechos humanos y el número de recomendaciones formuladas por los órganos de protección y promoción de los derechos humanos del Sistema de Naciones Unidas, se observa que en los diez años anteriores a la reforma se adoptaron 1,750 recomendaciones por parte de dichos órganos, mientras que en los diez años posteriores se adoptaron 1,655.⁸ Se trata de un número cercano, pero es necesario precisar que en los diez años que van de junio del 2011 a junio del 2021 existen más órganos dentro del Sistema de Naciones Unidas. Adicionalmente, el Mecanismo del Examen Periódico Universal, que suele arrojar un número mayor de recomendaciones comparativamente con otros órganos, se ha desarrollado en dos ocasiones con la reforma constitucional ya vigente y una antes de la reforma. Por tanto, en la actualidad existe una mayor capacidad para emitir recomendaciones a los países, lo que en México no se ha visto reflejado.

VIII. RATIFICACIÓN DE TRATADOS, RETIRO DE RESERVAS Y RECONOCIMIENTO DE COMPETENCIAS

En relación con lo que constituye la vinculación de México a la normativa internacional del sistema universal de protección de derechos humanos, desde la entrada en vigor de la reforma constitucional de derechos humanos México no ha

⁸ Esta información ha sido extraída sobre la base de información disponible en el portal Recomendaciones Internacionales a México en Materia de Derechos Humanos. <http://recomendacionesdh.mx/inicio>

ratificado ninguno de los instrumentos internacionales a su alcance susceptibles de hacerlo: ni el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ni el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Importante decir que durante dicha temporalidad México ha ratificado trascendentales tratados internacionales, mas no del sistema universal de protección y promoción de los derechos humanos. Destacan dentro de estas ratificaciones las del *Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe*, conocido como “Acuerdo de Escazú”; el Convenio 189 de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos; la *Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia*; y la *Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia*.

De las nueve competencias para recibir comunicaciones y examinar comunicaciones individuales previstas en tratados internacionales del sistema universal de protección y promoción de los derechos humanos, México ha aceptado siete. Seis de ellas se aceptaron antes de la reforma constitucional de derechos humanos y una con posterioridad (la del Comité contra la Desaparición Forzada). Quedan aún pendientes de ser aceptadas dos competencias, la del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la del Comité de los Derechos del Niño.

Por lo que respecta al reconocimiento de las competencias de los Comités para recibir comunicaciones interestatales, es decir, aquellas que permiten a un Estado parte presentar denuncias ante los Comités sobre presuntas violaciones del tratado por otro Estado parte, no se ha alterado la política del Estado mexicano, por lo que no se ha hecho ninguna declaración de aceptación de competencia con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma constitucional. Esta atribución, cabe decirlo, ha sido poco reconocida por los Estados a nivel mundial y su uso, en la práctica, ha sido realmente ínfimo.

Es en relación con las reservas interpuestas a los tratados internacionales de derechos humanos del Sistema de Naciones Unidas donde se observa una evolución positiva tras la aprobación de la reforma constitucional en derechos humanos. De las cuatro reservas interpuestas al momento de ratificar dichos instrumentos, México retiró parcialmente una antes de la reforma de 2011 y dos se han retirado de manera total una vez vigente la reforma. De hecho, las dos reservas retiradas con posterioridad a la reforma se relacionan con un artículo modificado en 2011, esto es, el artículo 33 constitucional. México había interpuesto reservas al artículo 13 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y al artículo 22 de la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los*

trabajadores migratorios y de sus familiares en relación con la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dichas reservas fueron retiradas en 2014.

IX. CONCLUSIÓN

Como se evidencia en el presente ensayo, desde la aprobación de la reforma constitucional de derechos humanos, si bien ha habido pasos importantes –como la aceptación de la competencia del Comité contra la Desaparición Forzada–, de manera global es dable afirmar que no se ha fortalecido sustantivamente el relacionamiento del Estado mexicano con los órganos del sistema universal de promoción y protección de los derechos humanos. En términos generales, el número de visitas ha disminuido con el devenir del tiempo, los procesos de revisión periódica ante los órganos de supervisión de los tratados se han mantenido, al igual que el número de recomendaciones emitidas por el sistema de derechos humanos de Naciones Unidas. Por lo que toca al proceso de vinculación normativa, se registra un cambio marginal.

En donde sí se acredita una mayor interacción es en el conocimiento de casos o situaciones concretas que llegan al conocimiento de los órganos de supervisión de los tratados y Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos, por el creciente uso por parte de actores distintos al gobierno (principalmente personas que alegan la violación de sus derechos), quienes han decidido promover las herramientas a su alcance ante el sistema de Naciones Unidas. Sin embargo, queda para un análisis posterior revisar el impacto que dichas medidas han tenido en términos reales para las personas que han activado estos mecanismos y las respuestas y medidas concretas asumidas por el Estado.

No cabe duda de que aún hay espacios de oportunidad abiertos para favorecer una vinculación mayor de México con los órganos del sistema de Naciones Unidas. La realización de las visitas solicitadas y la posibilidad que traen de beneficiarse de su cooperación técnica; la ratificación de todos los instrumentos internacionales existentes; el reconocimiento pleno de las competencias; la implementación efectiva de las recomendaciones; y el cumplimiento de las decisiones y demás medidas de protección sintonizarían con el espíritu de la reforma de hace diez años, que prometía una política en materia de derechos humanos de mayor calado y aplicación práctica en beneficio de las personas.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS SOBRE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

José de Jesús Orozco Henríquez*

RESUMEN

Este artículo estudia los impactos de la reforma constitucional de derechos humanos del 2011 sobre los derechos político-electorales en México, a través de la reconstrucción de los mecanismos de control de convencionalidad en materia electoral implementados en el país, antes y después de dicha reforma. El análisis contempla la actividad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de las salas del Tribunal Electoral, y, mediante un examen de diversos casos y sentencias, evidencia transformaciones en el orden jurídico mexicano como resultado de la incorporación de estándares internacionales. De lo anterior, se recoge que tras la reforma constitucional del 2011 los tribunales electorales emprendieron un proceso de consolidación de la cultura del respeto de los derechos humanos a la luz de dichos estándares como parte de un proceso de regularidad constitucional y del ejercicio de control de la convencionalidad.

Para ilustrar el impacto de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos en nuestro país,¹ a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en esta ocasión, me referiré al ámbito de los derechos político-electorales.

* Investigador, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM); miembro de la Junta de Gobierno de la UNAM; excomisionado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010-2017), la cual presidió durante dos periodos, y magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (1996-2006).
jesusorozco@hotmail.com

¹ *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011.

I. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011 Y LA DOCTRINA DEL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD

Uno de los rasgos más importantes de esta trascendente reforma es que, desde el artículo 1o. constitucional, se confiere rango constitucional a nuestros derechos humanos y se establece una cláusula abierta para reconocer como tales no solo los contenidos en la propia Constitución sino los previstos en los tratados internacionales en los que México sea parte. De esta manera, se fortalece el estatus de derechos fundamentales también de los derechos humanos de fuente internacional, esto es, como límites no negociables, coto vedado o esfera de lo indecible frente a la actuación de las autoridades, de cualquier nivel, del Estado.

En la primera resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que interpretó dicha reforma, con motivo del cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el caso *Radilla Pacheco vs. México* por la desaparición forzada de aquel ocurrida en 1974, con profunda vocación garantista, el máximo tribunal de la República estableció la pertinencia de ejercer, *ex officio*, un control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad, en tanto que, con base en lo establecido en la última parte del artículo 133, en relación con el artículo 1o., todos “los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior”.² El Pleno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe anual correspondiente al año 2011, aludió a la referida reforma constitucional y su interpretación garantista por la Suprema Corte como uno de los avances más importantes en materia de derechos humanos ocurridos en el hemisferio durante ese año.³

La doctrina del control de la convencionalidad ha sido resultado de un gradual y fructífero desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En términos generales, el control de la convencionalidad viene a ser el mecanismo procesal a través del cual se garantiza jurisdiccionalmente la

² Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), expediente Varios 912/2010 sobre el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, cuya discusión pública tuvo lugar los días 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011, párr. 29.

³ Cfr. Organización de los Estados Americanos, *Informe anual 2011 de la CIDH*, <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp>, párr. 2. Véanse Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, IJ-UNAM, 2012; y Orozco Henríquez, J. Jesús, “Los derechos humanos y el nuevo artículo 1o. constitucional”, *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año 5, núm. 28, julio-diciembre de 2011, pp. 85-98.

vigencia o prevalencia de la Convención Americana o algún otro instrumento internacional aplicable, ante alguna norma interna de cualquier nivel –incluida la Constitución– de un Estado parte, que resulte incompatible o brinde a la persona una protección menos favorable a la prevista en aquella.

En una primera etapa, que arranca en la década de los noventa –aun cuando no se le denominaba de esa manera–, se consideró que debía ejercerse en sede internacional por los órganos interamericanos –Corte y/o Comisión–,⁴ en forma subsidiaria y complementaria, una vez agotadas las instancias internas, a fin de proteger los derechos de las personas cuando el Estado no hubiese logrado una protección idónea, íntegra y eficaz.

No fue sino a partir de 2006 cuando se estableció el control de la convencionalidad en sede interna.⁵ De acuerdo con la jurisprudencia interamericana en vigor,⁶ los órganos jurisdiccionales de cada Estado,⁷ en el marco de sus respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes, deben ejercer *ex officio* un control de la convencionalidad y revisar la compatibilidad de las normas y las prácticas judiciales internas con la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como corolario de las obligaciones previstas en los

⁴ Véase Corte IDH, caso Las Palmeras vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Sentencia del 4 de febrero de 2000, párrs. 32 y 33.

⁵ La primera referencia al “control de la convencionalidad” en la jurisprudencia interamericana fue en el voto particular del connotado jurista mexicano y entonces juez presidente de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez, en el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003, quien propugnó por un control de la convencionalidad en sede interna a través de los jueces y las juezas nacionales. Véanse también otros votos del propio juez García Ramírez (casos Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, y Vargas Areco vs. Paraguay, del 26 de septiembre de 2006).

⁶ El Pleno de la Corte Interamericana asumió la doctrina del control de la convencionalidad en sede interna y su correspondiente ejercicio por parte de las jurisdicciones nacionales, en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124. Véase también Corte IDH, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 128, en donde se puntualizó que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”; Corte IDH, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, No. 220, párr. 225, en donde se extendió la obligación de ejercer *ex officio* el control de convencionalidad a “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles”.

⁷ En este sentido, como sostuvo en un importante voto razonado el entonces juez *ad hoc* de la Corte Interamericana Eduardo Ferrer Mac Gregor –hoy destacado juez integrante y expresidente de la misma: “24. El ‘control difuso de convencionalidad’ convierte al juez nacional en juez interamericano”. Corte IDH, voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, No. 220.

artículos 25, en relación con el 1o., 2o. y 29, de la Convención Americana, a fin de brindar a la persona la protección más amplia y garantizar de manera efectiva sus derechos humanos. De no hacerlo así, el Estado involucrado incurriría en responsabilidad internacional.

Para ejercer el control de la convencionalidad en sede interna, de acuerdo con la Corte Interamericana, existen al menos dos vías que pueden ser seguidas por el órgano jurisdiccional competente: la primera, realizar una interpretación de la norma conforme a la Convención Americana y los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, y, la segunda, inaplicar la norma o práctica judicial correspondiente cuando su aplicación u observancia resultara insuperablemente contraria a la Convención y al derecho internacional o, incluso —de contar con facultades para ello—, declarar la invalidez de la norma, expulsándola del orden jurídico respectivo.

Estas alternativas de interpretación conforme con la Constitución o la Convención de las normas internas, o bien, su inaplicación, con motivo del ejercicio del control difuso de la convencionalidad en sede interna, fueron reconocidas por nuestra Suprema Corte para las juezas y los jueces, con motivo del cumplimiento de la sentencia del invocado Caso Radilla.⁸

II. EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL EN SEDE INTERNACIONAL RESPECTO DE MÉXICO

La Corte Interamericana y la Comisión Interamericana han desarrollado una importante jurisprudencia sobre derechos político-electorales en la región.⁹ Por lo que se refiere a México, el primer caso de la Comisión Interamericana relacionado con los derechos políticos fue su informe 01/90, en el cual concluyó

⁸ De este modo, este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone realizar tres pasos: "A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia./ B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos./ C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles..." (SCJN, Expediente Varios 912/2010, *op. cit.*, *supra*, nota 2, párr. 33).

⁹ Véase Orozco Henríquez, J. Jesús, "El sistema interamericano y la protección de los derechos políticos", en Orozco Henríquez, J. Jesús (coord.), *Protección a los derechos humanos. Perspectivas nacionales e interamericanas*, México, El Colegio Nacional, Porrúa, UNAM, 2018, pp. 345-374.

que la legislación interna de México hacia 1985 y 1986, relativa a las entidades federativas de Chihuahua y Durango, no disponía de los medios adecuados o de un recurso sencillo y rápido o de “cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, independientes e imparciales” que ampararan a quienes recurrieran contra “actos que violen sus derechos fundamentales”, como son los derechos políticos con motivo de las elecciones, toda vez que en ese entonces tales entidades federativas todavía preveían únicamente un contencioso electoral de naturaleza política ante el respectivo Congreso estatal –que era el competente para calificar las elecciones locales– sin contemplar medios de impugnación jurisdiccional alguna, razón por la cual –concluía la Comisión– no se proporcionaba la protección judicial exigida en el artículo 25 de la Convención Americana. Por tanto, recomendó hacer presente al gobierno de México su deber de adoptar disposiciones de derecho interno, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a lo previsto en la Convención, ya fuesen medidas legislativas o de otro carácter, necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades que la Convención reconoce, si bien la Comisión manifestó que para cuando resolvió los referidos casos había sido informada sobre la existencia de un activo proceso de reforma de la legislación electoral en tal sentido.¹⁰

Cabe señalar que, en el marco de la consulta popular para la renovación política electoral convocada por el Ejecutivo en junio de 1986, en una audiencia pública, Héctor Fix-Zamudio y Jorge Madrazo propusieron la creación de un tribunal electoral en el ámbito federal. Recuerdo que el ilustre e inolvidable maestro Fix-Zamudio, en una reunión con destacados actores políticos en ese entonces con el propósito de convencerles sobre la pertinencia de la propuesta, les comentaba de la interposición de las referidas peticiones ante la Comisión Interamericana y la probabilidad de que se considerara que México no brindaba en los casos electorales la protección judicial que exigía la Convención Americana, por lo que era preferible que nuestro país se adelantara a cumplir con ese compromiso internacional. Finalmente, se estableció en 1986 el entonces Tribunal de lo Contencioso Electoral para los comicios federales y paulatinamente se fueron creando sendos tribunales electorales en las distintas entidades federativas,¹¹ de lo cual se había informado a la Comisión Interamericana. El referido informe sobre este caso no llegó a la Corte Interamericana, en virtud de que para entonces México no había reconocido aún su jurisdicción.

¹⁰ Comisión IDH, Informe de fondo 01/90, relacionado con los Casos 9768, 9780 y 9828, México, 17 de mayo de 1990, párrs. 48 ss.

¹¹ Véase Orozco Henríquez, J. Jesús, *Justicia electoral comparada de América Latina*, México, UNAM, 2019, pp. 133-150.

En 1990, se creó el Tribunal Federal Electoral, con autonomía y atribuciones fortalecidas, y en 1996 se estableció el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, incorporado a dicho poder con atribuciones para garantizar los principios no solo de legalidad –como sus antecesores–, sino también de constitucionalidad de los actos y resoluciones electorales, como expresamente lo preveían los artículos 41 y 99 constitucionales.

Precisamente, de la interpretación sistemática y funcional de todas las normas aplicables, quienes conformamos la primera integración de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a fin de salvaguardar los principios de constitucionalidad y legalidad, concluimos que contábamos con la facultad de inaplicar en casos concretos normas legales presuntamente inconstitucionales con motivo de la impugnación de actos y resoluciones electorales que pretendieran basarse en aquellas.¹² En total, esta atribución la ejercimos en treinta y tres ocasiones a fin de proteger los derechos político-electorales involucrados y salvaguardar la supremacía constitucional.¹³ Sin embargo, en el año de 2002, al resolver la Contradicción de Tesis 2/2000, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que dicho Tribunal Electoral no tenía competencia para hacer consideraciones ni para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma legal electoral, ni siquiera con el argumento de determinar su inaplicación en un caso concreto.¹⁴ A partir de dicha resolución, obviamente, la Sala Superior se declaró incompetente para inaplicar disposiciones legales presuntamente inconstitucionales cuando fue instada a ello. Una consecuencia no deseada es que se dejó en estado de indefensión a los justiciables cuando se les aplicaron en casos concretos este tipo de normas legales, máxime que no todos contaban con la legitimación activa para promover una acción de inconstitucionalidad en contra de su promulgación a fin de que la Suprema Corte ejerciera un control abstracto en su contra con eventuales efectos de que se declarará su invalidez y se le expulsara del orden jurídico, en términos de la fracción II del artículo 105 constitucional, y sin la protección judicial efectiva prevista en los artículos 17 constitucional, 14

¹² Véase Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), Sala Superior, Tesis de jurisprudencia 05/99, "Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Tiene facultades para determinar la inaplicabilidad de leyes secundarias cuando éstas se opongan a las disposiciones constitucionales", Tercera Época.

¹³ Cfr. Orozco Henríquez, J. Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa, UNAM, 2006, pp. 108-109.

¹⁴ Véanse: Tesis jurisprudencial 25/2002, "Leyes electorales. La única vía para impugnarlas es la acción de inconstitucionalidad", y Tesis de jurisprudencia 23/2002, "Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Carece de competencia para pronunciarse sobre inconstitucionalidad de leyes".

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana.¹⁵

Lo anterior dio lugar al segundo caso relacionado con los derechos políticos en que se estableció la responsabilidad internacional de nuestro país y a que se impulsara una reforma al orden jurídico-electoral mexicano desde los órganos interamericanos para que se adecuara al derecho internacional de los derechos humanos.

En octubre de 2006, la Comisión Interamericana resolvió la petición de Jorge Castañeda Gutman en la que este aducía que, dada la improcedencia legal del amparo en materia electoral y que, según jurisprudencia de la Suprema Corte, el Tribunal Electoral carecía de atribuciones para hacer pronunciamientos sobre la constitucionalidad de normas legales, el Estado mexicano no le había proporcionado la protección judicial para permitirle registrarse como candidato independiente a la presidencia de la república e inaplicar por inconstitucional e inconveniente la norma legal que establecía que solo los partidos políticos podían registrar candidatos. En su informe sobre el caso, la Comisión Interamericana, después de considerar que el sistema de registro de candidaturas para presidente de la república a cargo de partidos políticos en México no constituía una restricción ilegítima para regular el derecho a ser elegido previsto en el artículo 23 de la Convención Americana, sí estimó que México había violado el artículo 25 de la propia Convención, por no contemplar, en aquel entonces, un recurso efectivo ante un tribunal independiente e imparcial a través del cual el peticionario hubiera podido plantear que se invalidara o, al menos, no se aplicara en el caso concreto la norma legal que estimaba violatoria de su derecho político-electoral fundamental a ser votado, por lo que recomendó realizar las adecuaciones necesarias al marco jurídico para contemplar dicha posibilidad.

En virtud de que para marzo de 2007 México no había hecho las adecuaciones correspondientes, la Comisión presentó el caso ante la Corte Interamericana. Ante el impulso desde la academia y el consenso entre diversos actores políticos, además de la probabilidad de que así lo resolviera de manera vinculatoria la Corte Interamericana, en noviembre de 2007 se reformó el artículo 99 constitucional para conferirle, de manera explícita, atribuciones a las salas del Tribunal Electoral para resolver la no aplicación de leyes electorales contrarias a la Constitución. En agosto de 2008, la Corte Interamericana condenó al Estado mexicano, como medidas de reparación, a publicar la respectiva sentencia y al pago de costas al señor Castañeda Gutman; asimismo, como garantía de no repetición,

¹⁵ Véase Orozco Henríquez, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, cit., pp. 99-114.

a continuar con las adecuaciones legales y reglamentarias necesarias para hacer efectiva la mencionada atribución de las salas del Tribunal Electoral prevista en el artículo 99 constitucional.¹⁶

III. EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL EN SEDE INTERNA CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA DE 2011

Por lo que se refiere propiamente al control de la convencionalidad en materia electoral en sede interna, es pertinente distinguir entre los precedentes de las salas del Tribunal Electoral anteriores a la reforma de 2011 y los posteriores a cargo tanto de la Suprema Corte como de las propias salas del Tribunal Electoral. Respecto al primer supuesto, a la vez, cabe distinguir entre los precedentes de la primera y la segunda integración de la Sala Superior.

1. Precedentes de la primera integración de la Sala Superior (1996-2006)

Desde antes de que se aprobara la reforma constitucional de 2011 e, incluso, de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitiera la sentencia en el caso Almonacid Arellano en 2006, en pleno acatamiento de lo prescrito en el artículo 133 constitucional, fue recurrente que la primera integración de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (1996-2006) interpretara la normativa legal electoral aplicable a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos no solo en la Constitución, sino en los tratados internacionales de los que México es parte,¹⁷ favoreciendo interpretaciones de las normas que

¹⁶ Corte IDH, caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C, No. 184. Del criterio sostenido en dicha sentencia cabe desprender también, en general, que los diversos Estados parte de la Convención Americana deben contemplar instrumentos específicos accesibles a cualquier persona para el ejercicio de un control jurisdiccional de la constitucionalidad e, incluso, de la convencionalidad, de normas legales electorales, lo cual no es común en los respectivos sistemas de justicia electoral latinoamericanos, por lo que deberán llevarse a cabo reformas en varios de ellos en tal sentido. *Cfr.*, Orozco Henríquez, *Justicia electoral comparada*, cit., pp. 302-303.

¹⁷ Véase Orozco Henríquez, J. Jesús, *Control de la convencionalidad en materia electoral*, México, TEPJF, *Cuadernos de Divulgación Electoral*, núm. 29, 2014. Ciertamente, también hubo tribunales colegiados de circuito que, con base en la sentencia Almonacid Arellano de la Corte Interamericana y con anterioridad a la reforma constitucional de 2011, sostuvieron la pertinencia del control de la convencionalidad en sede interna, como se desprende de la tesis del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito del Poder Judicial de la Federación, con sede en Morelia, Michoacán, que lleva por rubro "Control de convencionalidad en sede interna. Los tribunales mexicanos están obligados a ejercerlo", con motivo del fallo emitido el 2 de julio de 2009 con relación al Amparo Directo 1060/2008, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis XI. 1º.A.T.47 K, Aislada, Materia Común, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 1932, y la del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, con sede en el Distrito Federal, con rubro "Control de

potenciaran el alcance y ejercicio de los derechos político-electorales de los ciudadanos y las ciudadanas, así como su protección más amplia.¹⁸

Asimismo, esa primera integración de la Sala Superior realizó en diversas ocasiones interpretaciones sistemáticas y funcionales¹⁹ conforme con la Constitución y la Convención,²⁰ cuando la letra de la ley no preveía explícitamente determinados supuestos para la procedencia de los medios de impugnación electoral, a fin de garantizar de manera efectiva el derecho de acceso a la justicia electoral, de conformidad con lo establecido en los artículos 17 y 99 constitucionales, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana. La incorporación de estándares internacionales en sede interna por la Sala Superior del Tribunal Electoral se tradujo en adecuaciones al orden jurídico por la práctica judicial e, incluso, en reformas constitucionales y legales que han recogido su jurisprudencia, como las siguientes:

- Aun cuando la letra de la ley solo preveía de manera explícita la legitimación activa de los partidos políticos para impugnar resultados electorales, de acuerdo con una interpretación sistemática y funcional conforme con la Constitución y la Convención Americana, se estableció la legitimación activa también de las y los ciudadanos en lo individual, miembros de una comunidad indígena, para promover el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano e impugnar la calificación de una elección por usos y costumbres indígenas, en la que no participaban partidos políticos, en un municipio de Oaxaca por parte del Congreso del Estado.²¹

convencionalidad. Debe ser ejercido por los jueces del Estado mexicano en los asuntos sometidos a su consideración, a fin de verificar que la legislación interna no contravenga el objeto y finalidad de la convención americana sobre derechos humanos”, con motivo de la ejecutoria del 21 de enero de 2010 recaída en el Amparo Directo 505/2009 (Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis I. 4o.A.91 K, Aislada, Materia Laboral, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 2927).

¹⁸ Véase, por ejemplo, la tesis de jurisprudencia de la Sala Superior con el rubro “Derechos fundamentales de carácter político-electoral. Su interpretación y correlativa aplicación no debe ser restrictiva”, en *Jurisprudencia y tesis relevantes 1997-2005, Compilación oficial*, volumen Jurisprudencia, México, TEPJF, 2005, pp. 97-99; asimismo, Orozco Henríquez, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, cit., pp. 51-98.

¹⁹ El entonces artículo 2o. de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral establecía: “Para la resolución de los medios de impugnación previstos en esta ley, las normas se interpretarán conforme a los criterios gramatical, sistemático y funcional. A falta de disposición expresa, se aplicarán los principios generales del derecho”.

²⁰ Equivalentes a la llamada interpretación conforme con la Constitución y la Convención en sentido estricto, según la terminología de la Suprema Corte (cfr. expediente Varios 912/2010, cit., párr. 33).

²¹ Sentencia del TEPJF recaída en el expediente SUP-JDC-037/99.

- Aun cuando la letra de la ley solo contemplaba de manera explícita la posibilidad de impugnar los actos y resoluciones de las autoridades electorales, con base en una interpretación sistemática y funcional conforme con la Constitución y la Convención, en un voto particular, sostuve la procedencia del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, directamente, contra actos de los partidos políticos, dada su situación de predominio frente a sus afiliados, potencial capacidad de violar derechos humanos y no hacer eventualmente nugatoria la protección judicial de la persona afectada.²² Aunque en esa ocasión quedé solo en la minoría, con posterioridad dicho criterio se adoptó por la mayoría y, por reiteración, constituyó jurisprudencia.²³ Incluso en 2007 se reformó el artículo 99, fracción V, de la Constitución federal para contemplar esta figura expresamente, habiendo sido factor fundamental para garantizar la democracia interna de los partidos políticos y el respeto de los derechos humanos de sus afiliados.
- Aun cuando la letra de la ley no preveía explícitamente algún procedimiento por el cual se pudiera ordenar la suspensión de la transmisión de promocionales y spots en medios electrónicos de radio y televisión que fueran violatorios del marco legal, de acuerdo con una interpretación sistemática y funcional conforme con la Constitución y la Convención Americana, se decretó que el entonces Instituto Federal Electoral debía crear un procedimiento especial administrativo abreviado, que respetara las formalidades esenciales, para sustanciar las quejas presentadas por partidos políticos por tal motivo y depurar el desarrollo del proceso electoral.²⁴ Cabe destacar que la imprecisión legislativa quedó subsanada a través de la reforma constitucional y legal de 2007, la cual recogió lo establecido jurisprudencialmente por la Sala Superior al incorporar en el artículo 41, fracción IV, apartado D, de la Constitución federal, así: “las infracciones a lo dispuesto en esta base serán sancionadas por el Instituto Federal Electoral mediante procedimientos expeditos, que podrán incluir la orden de cancelación inmediata de las transmisiones en radio

²² Voto particular del magistrado José de Jesús Orozco Henríquez en la sentencia del TEPJF recaída en el expediente SUP-JDC-015/2002.

²³ Con dicho criterio se interrumpió la jurisprudencia con rubro “Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Es improcedente contra actos de los partidos políticos”, para establecer una nueva bajo el rubro “Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Es procedente contra actos definitivos e irreparables de los partidos políticos”.

²⁴ Sentencia del TEPJF recaída en el expediente SUP-RAP-031/2006.

y televisión, de concesionarios y permisionarios, que resulten violatorias de la ley”.²⁵

- Aun cuando la letra de la ley solo preveía de manera expresa la procedencia del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano para salvaguardar los derechos políticos de votar y ser votado y de asociación político-electoral, con base en una interpretación conforme con la Constitución y la Convención, la Sala Superior sostuvo también su procedencia para proteger el derecho de acceso a la información político-electoral, incluso respecto de la correspondiente a los partidos políticos, dada su naturaleza de entidades de interés público que manejan recursos públicos y dado que parte de su información se registra o tramita ante un organismo público autónomo, como el entonces Instituto Federal Electoral. Ello permitió acceder, por ejemplo, a sus documentos básicos, los procedimientos por los cuales selecciona a sus dirigentes y candidatos, así como para conocer la remuneración de sus dirigentes.²⁶

Si bien fueron más comunes los casos de interpretación conforme con la Constitución y la Convención, máxime que a partir de 2002 la Sala Superior ya no se consideró competente para pronunciarse al respecto, cabe mencionar que, a través de un voto particular hacia 2005 —antes de la sentencia de Almonacid Arellano, retomando los argumentos en diversos votos particulares del ilustre juez interamericano Sergio García Ramírez—,²⁷ se justificó la pertinencia técnica para que la Sala Superior ejerciera un control de convencionalidad, inaplicando normas generales incompatibles con la Convención Americana. En efecto, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Suprema Corte prevaleciente a partir de 2002, particularmente en cuanto a la carencia de facultades de la Sala Superior del Tribunal Electoral para inaplicar en casos concretos normas legales presuntamente inconstitucionales, y la relativa, entonces vigente, de que los tratados internacionales tenían una jerarquía inferior a la Constitución federal, pero superior

²⁵ Según reforma de 2014, el artículo 41, fracción III, Apartado D, constitucional en vigor, conservando el espíritu de la jurisprudencia de la Sala Superior, establece: “El Instituto Nacional Electoral, mediante procedimientos expeditos en términos de la ley, investigará las infracciones a lo dispuesto en esta base e integrará el expediente para someterlo al conocimiento y resolución del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. En el procedimiento, el Instituto podrá imponer, entre otras medidas cautelares, la orden de suspender o cancelar de manera inmediata las transmisiones en radio y televisión, de conformidad con lo que disponga la ley”.

²⁶ Sentencias del TEPJF recaídas en los expedientes SUP-JDC-117/2001, SUP-JDC-127/2001, SUP-JDC-128/2001 y SUP-JDC-216/2004.

²⁷ Véanse los votos particulares de Sergio García Ramírez en las sentencias citadas, casos Tibi vs. Ecuador, y Vargas Areco vs. Paraguay.

a las leyes federales y locales,²⁸ quien esto escribe formuló un voto particular por el cual sostuvo la posibilidad técnica de ejercer un control de convencionalidad, que eventualmente acarrearía la inaplicación en casos concretos de normas generales incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por estimar que ello implicaba un control de la legalidad, mas no de la constitucionalidad.²⁹

2. Precedentes de la segunda integración de la Sala Superior (2006-2011)

- Una de las sentencias paradigmáticas de la segunda integración de la Sala Superior, incluso antes de la reforma de noviembre de 2007 que le confirió atribuciones para determinar la no aplicación de normas legales contrarias a la Constitución, es la recaída en el caso Hank Rohn, en donde se aborda la limitación al derecho a ser votado incorporada en la reforma al artículo 42, párrafo tercero, de la Constitución Política del Estado de Baja California, por la cual se impedía a los presidentes municipales en funciones contender como candidatos de un partido político al cargo de gobernador del Estado. Mientras el Instituto Electoral de dicha entidad federativa otorgó el registro de su candidatura, a pesar de que aún no concluía el periodo para el cual había sido electo para desempeñar el cargo de presidente municipal —si bien se había separado de su ejercicio con 90 días de anticipación a la elección según lo preveía el artículo 41, fracción VI, de la propia Constitución de Baja California—, el Tribunal Electoral del propio Estado, por su parte, revocó el registro. En contra de esta decisión, el interesado promovió juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano ante la Sala Superior, aduciendo, entre otros aspectos, la violación de los artículos 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 23, apartado 2, de

²⁸ Véase SCJN, Tesis PLXXVII/99, "Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la constitución federal", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, p. 46.

²⁹ "El examen de compatibilidad entre lo dispuesto en una norma legal o infra-legal en materia electoral (por ejemplo, la dictada por el órgano competente del Instituto Federal Electoral) y un tratado internacional de derechos humanos suscrito y ratificado por el Estado mexicano y, por ende, perteneciente al orden jurídico mexicano, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 constitucional, debe considerarse como un control de legalidad y no de constitucionalidad, porque tiene como finalidad garantizar el principio de juridicidad de los actos y resoluciones electorales y, además, no involucra verificar la conformidad de una ley electoral con las normas de la Constitución federal y, por tanto, no implica un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de una ley, lo cual es una competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación". Voto particular del magistrado José de Jesús Orozco Henríquez en la sentencia del TEPJF recaída en el expediente SUP-JDC 573/2005, p. 49.

la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen el derecho a ser votado.

La Sala Superior, con base en una interpretación sistemática y funcional, así como conforme con la Convención, concluyó que debía estarse a lo dispuesto en el artículo 41, fracción VI, de la Constitución de Baja California, porque esta maximiza los principios de participación política, potencia los derechos político-electorales de los ciudadanos, al permitir la participación plural de candidatos, y amplía las opciones políticas para los electores, lo cual es más acorde con los compromisos adquiridos por nuestro país ante la comunidad internacional, por lo que determinó revocar la determinación del tribunal electoral local y ordenar el registro de la candidatura del actor.³⁰

- En el mismo año de 2007, la Sala Superior resolvió que la suspensión de los derechos políticos que prescribe el artículo 38, fracción II, de la Constitución federal, por “estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal”, con base en el principio de presunción de inocencia reconocido tanto en la Constitución federal (en ese entonces, en forma implícita) como en los artículos 14, párrafo 2, y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como 7o., párrafo 5, y 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los efectos de dicha suspensión deben limitarse a los casos en que la persona sujeta a proceso penal efectivamente esté privada de su libertad.³¹

Cabe señalar que, en ese mismo año, la Primera Sala de la Suprema Corte determinó que la referida suspensión de derechos políticos debía operar, sin excepciones, a partir del auto de formal prisión, pues así lo ordenaba expresamente el artículo 38, fracción II, de la Constitución.³² En su oportunidad, al resolver la respectiva contradicción de tesis entre las referidas salas del Tribunal Electoral y de la Suprema Corte, con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma constitucional de 2007 —que confirió atribuciones a las salas del Tribunal Electoral para no aplicar normas legales contrarias a la Constitución—, el Pleno de la Suprema Corte, si bien acogió el criterio de la Sala Superior, al sostener que la suspensión de los derechos políticos solo se actualiza cuando el procesado está

³⁰ Sentencia del TEPJF recaída en el expediente JDC-695/2007.

³¹ Sentencia del TEPJF recaída en el expediente JDC-85/2007.

³² Véase la Tesis 1ª/J, “Derechos políticos. Deben declararse suspendidos desde el dictado del auto de formal prisión, en términos del artículo 38, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Federal”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVII, febrero de 2008.

efectivamente privado de su libertad, no incorporó referencia alguna a instrumentos internacionales.³³

IV. EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL EN SEDE INTERNA CON POSTERIORIDAD A LA REFORMA DE 2011

La reforma constitucional de 2011 y su interpretación garantista por nuestra Suprema Corte impulsaron el ejercicio del control de la convencionalidad, a través no solo de interpretaciones conformes con la Constitución y la Convención, lo cual había sido más común en el ámbito de la justicia electoral, sino, de manera más recurrente, con ejercicios de no aplicación de normas legales contrarias a los derechos político-electorales de fuente internacional, que, incluso, se han traducido en eventuales reformas al orden jurídico electoral.

1. Precedentes de la segunda integración de la Sala Superior (2011-2016)

- El 2 de noviembre de 2011, la Sala Superior emitió sentencia por la cual determinó que –con base en lo establecido en diversos preceptos constitucionales y en los artículos 7o., párrafo 1, y 8o., párrafo 2, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; 1o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como 4o., 5o., 20 y 33 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas– los integrantes de la comunidad indígena de Cherán tienen derecho a solicitar la elección de sus propias autoridades, siguiendo para ello sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, con pleno respeto de los derechos humanos. Como consecuencia, resolvió dejar sin efectos todos los acuerdos de las autoridades electorales locales relacionados directamente con la elección de integrantes del Ayuntamiento en el Municipio de Cherán, para la preparación y organización de los comicios conforme al régimen de partidos políticos. Asimismo, ordenó al Congreso del Estado de Michoacán la realización de una serie de actuaciones y la adopción de ciertas medidas con relación a la ejecución de la sentencia, entre ellas, la realización de una reforma constitucional para

³³ Véase la Tesis P/J 33/2011, "Derecho al voto. Se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de sujeción a proceso solo cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIV, septiembre de 2011, p. 6.

adecuar su normativa en materia indígena con la Constitución federal y los instrumentos internacionales aplicables.³⁴ Cabe señalar que, por Decreto 442 de 2011, el Congreso del Estado determinó que se llevara a cabo la elección de autoridades municipales de Cherán de acuerdo con el sistema de usos y costumbres, como ocurrió en efecto. Asimismo, en su oportunidad, el Congreso del Estado de Michoacán realizó el proceso de reforma a la Constitución local para incorporar y adecuar su normativa en materia indígena.

2. Precedentes de la tercera integración de la Sala Superior (a partir de 2016)

- A través de una interpretación conforme con la Convención Americana y diversos instrumentos de internacionales de derechos humanos, así como con la jurisprudencia interamericana, a fin de garantizar de manera efectiva el derecho a la igualdad y no discriminación, la Sala Superior justificó la regla de alternancia de géneros en bloques de competitividad y la incorporación de acciones afirmativas para asegurar la paridad de género. Incluso, sostuvo que “las autoridades administrativas electorales mexicanas tienen la obligación de implementar, cuando sea necesario, medidas orientadas a garantizar el derecho de las mujeres al acceso a la función pública en condiciones de igualdad”.³⁵
- Con base en una interpretación conforme con la Convención Americana y diversos instrumentos de internacionales de derechos humanos, así como con la jurisprudencia interamericana, a fin de garantizar de manera efectiva la libertad de expresión de periodistas, la Sala Superior estableció que “los periodistas se encuentran excluidos del universo de destinatarios de las normas que prohíben la calumnia electoral, ya que despliegan una labor fundamental para el debate democrático, razón por la cual deben actuar con la máxima libertad, sin encontrarse sujetos a la amenaza de una sanción en los procedimientos administrativos

³⁴ Sentencia del TEPJF recaída en el expediente SUP-JDC-9167/2011.

³⁵ Sentencia del TEPJF recaída en los expedientes SUP-JDC-1172/2017 y acumulados. Al respecto, cabe tener presente el estudio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”, en CIDH, *Informe Anual 1999*, OEA/Ser.LV/II.106, Doc. 3, 13 de abril de 2000, Sección de Estudios Especiales.

- sancionadores comiciales, cuando publican o difunden cualquier afirmación en el ejercicio legítimo de su profesión”.³⁶
- Con base en una interpretación conforme con la Convención Americana y diversas fuentes internacionales, como el artículo 8o., apartado 1, del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la jurisprudencia interamericana, a fin de garantizar el derecho de acceso a la justicia electoral y la tutela judicial efectiva en elecciones de pueblos y comunidades indígenas, la Sala Superior, al resolver una contradicción de criterios entre diversas salas regionales, justificó la flexibilización de los plazos para promover medios de impugnación en caso de procesos electivos indígenas, cuando son promovidos por miembros de tales comunidades o pueblos, por lo que estableció, con carácter de jurisprudencia, el criterio prevaleciente, consistente en descontar del plazo los días sábados, domingos e inhábiles cuando los medios de impugnación los interpongan los pueblos y comunidades indígenas en asuntos relacionados con sus procesos electivos.³⁷
 - En ejercicio de su atribución de no aplicar normas legales contrarias a la Constitución y a los derechos humanos de fuente internacional, a fin de garantizar de manera efectiva el principio de progresividad y no regresividad de los derechos humanos, en relación con el derecho a la participación política, la Sala Superior inaplicó el decreto del Congreso de la Ciudad de México que derogó la figura de la diputación migrante de su Código de Instituciones y Procedimientos Electorales por considerarlo una supresión injustificada de derechos humanos políticos y electorales de la ciudadanía originaria de la Ciudad de México residente en el extranjero, como lo son los derechos a la participación y representación política, así como el derecho a votar y ser votado. Al efecto, dispuso el restablecimiento de la vigencia de los artículos 4o., apartado B, fracción III; 6o., fracción I, 13, 76 y 25 transitorio del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales de la Ciudad de México, únicamente para el proceso electoral de 2020-2021, en particular, de la figura de la diputación migrante reconocida en favor de ese grupo subrepresentado. En la ejecutoria, y siguiendo la jurisprudencia interamericana, la Sala Superior estableció los requisitos que una modificación legislativa debe satisfacer

³⁶ Sentencia del TEPJF recaída en el expediente SUP-REP-155/2018.

³⁷ Sentencia del TEPJF recaída en el expediente SUP-CDC-01/2019.

para no ser considerada regresiva en materia de derechos humanos, como el relativo a que “la medida esté justificada por razones de peso”.³⁸

- Asimismo, a fin de garantizar de manera efectiva el derecho de acceso a cargos públicos en condiciones generales de igualdad, previsto en los artículos 25, inciso c, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como 23, párrafo 1, inciso c, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Sala Superior resolvió no aplicar en los casos concretos la porción normativa “por nacimiento” contenida en los artículos 100, párrafo 2, inciso a, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, así como 9o., párrafo 1, inciso a, del Reglamento del Instituto Nacional Electoral para la designación y remoción de las y los consejeros de los organismos públicos locales electorales. Al efecto, mediante un juicio de proporcionalidad, la Sala Superior consideró que dicha medida no satisfacía el requisito de necesidad y se traducía en una exigencia discriminatoria, pues impedía, de manera injustificada, ejercer el derecho de acceso de ciudadanos en condiciones de igualdad a la función pública de la autoridad electoral, al diferenciarlos por el modo en el que adquirieron la nacionalidad.³⁹

3. Precedentes de las salas regionales del Tribunal Electoral

Las diversas salas regionales del Tribunal Electoral, al igual que distintos tribunales y salas electorales de las entidades federativas, también han ejercido un control de convencionalidad al realizar interpretaciones conformes con la Constitución y la Convención, así como al revocar o anular actos basados en normas legales que infrinjan lo dispuesto en instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por México.

- Con base en los artículos 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a fin de garantizar los derechos a votar y ser votado y antes de la entrada en vigor de la reforma de 2011, la Sala Regional Toluca sostuvo que, aun cuando el ciudadano actor fue condenado por el delito de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, también lo fue que se acogió al beneficio de la condena condicional y se encontraba rehabilitado en sus derechos político-electorales, por lo que ante dicha circunstancia no existía

³⁸ Sentencia del TEPJF recaída en el expediente SUP-REC-88/2020.

³⁹ Sentencia del TEPJF recaída en los expedientes SUP-JDC-1078/2020, SUP-JDC-1190/2020 y SUP-RAP-38/2020, acumulados.

- causa objetiva ni razonable para que la autoridad responsable le negara la expedición de la credencial para votar con fotografía solicitada.⁴⁰
- La Sala Regional Toluca, a fin de garantizar los derechos de igualdad y no discriminación, advirtió que, contrariamente a lo sostenido por las autoridades electorales locales de Hidalgo, la Comisión Nacional de Garantías de la coalición Hidalgo nos Une había actuado acorde con el marco constitucional e internacional vigente en materia de género cuando ordenó la ubicación de las actoras en la segunda posición de la planilla de candidatos a regidores en el referido municipio. La Sala Regional consideró que, en el ámbito interamericano, hay una amplia coincidencia en el sentido de que el principio de no discriminación se ha convertido en una norma de *ius cogens*, es decir, en una norma interpretativa de derecho internacional de los derechos humanos que no admite disposición en contrario. Lo anterior, en virtud de que la discriminación por cuestión de género se ha mantenido en muchos estratos sociales haciendo necesaria la introducción de cuotas de género cuyo propósito es eliminar prácticas históricas que han relegado a la mujer. En la sentencia se expresó que en materia electoral es claro que, a pesar de que las mujeres mexicanas son mayoría en el padrón electoral, representan una posición minoritaria en los puestos del ejercicio del poder público, lo cual es combatido a través de cláusulas de género que, al permitir una mayor participación de las mujeres en la vida pública, armoniza el principio de igualdad con las disposiciones que prohíben la discriminación, así como con los tratados internacionales y la jurisprudencia internacional.⁴¹
 - En observancia del criterio establecido por la Suprema Corte respecto de una norma legal electoral equivalente de Oaxaca, cuya invalidez se declaró por condicionar a personas electas en la vía independiente a reelegirse mediante un partido político, siempre y cuando se afiliaran a esos antes de la mitad de su mandato,⁴² la Sala Regional Guadalajara ejerció un control de la constitucionalidad y convencionalidad a fin de proteger de manera efectiva el derecho a ser votado. En este sentido, revocó la sentencia del Tribunal Electoral del Estado de Jalisco e inaplicó en el caso concreto las porciones normativas de los artículos 22, párrafo 2, y 73, fracción IV, de la Constitución de Jalisco, así como el 9o. del Código

⁴⁰ Sentencia del TEPJF recaída en el expediente ST-JDC-33/2011.

⁴¹ Sentencia del TEPJF recaída en el expediente ST-JDC-109/2011.

⁴² Sentencia de la SCJN recaída en la Acción de Inconstitucionalidad 61/2017.

Electoral local, las cuales exigían la militancia partidista por la mitad del encargo de quien hubiese sido electo como candidato independiente y deseara volver a ser candidato, pero postulado por un partido político, por estimar que tal medida no era razonable ni proporcional, pues implicaba el ejercicio obligatorio del derecho de asociación como precondition para ejercer el derecho a ser votado.⁴³

V. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Al cumplirse diez años desde que se promulgó la reforma constitucional sobre derechos humanos, si se compara la actuación de los tribunales electorales con la de otros órganos jurisdiccionales del país, en términos generales, es posible afirmar que aquellos emprendieron con mayor ímpetu un proceso de consolidación de la cultura del respeto de los derechos humanos a la luz de los estándares internacionales, como parte del parámetro de control de la regularidad constitucional; además de recurrentes interpretaciones conforme con la Constitución y la Convención, la observancia del principio *pro persona* y el ejercicio del control de la convencionalidad en sede interna, incluso, antes de la citada reforma, en pleno acatamiento de lo prescrito en el artículo 133 constitucional, lo cual se vio impulsado con la interpretación garantista de esta por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En la medida en que lo anterior se realice cada vez más y con mayor eficacia por los tribunales electorales mexicanos, no solo se estará cumpliendo con las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país, en ejercicio de su soberanía, sino se estará ampliando el ámbito y la vigencia de los derechos político-electorales de sus ciudadanos y ciudadanas, propiciando que los organismos internacionales y, en particular, los interamericanos asuman un papel subsidiario y complementario de los órganos nacionales, según el diseño original. Ello es así, toda vez que son estos últimos los principales garantes de los derechos humanos establecidos tanto en el ámbito interno como en la Convención, a fin de generar su protección efectiva y salvaguardar la dignidad de la persona, eje rector, razón toral y valor fundamental de todo Estado constitucional democrático de derecho, así como del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.

⁴³ Sentencia del TEPJF recaída en los expedientes SG-JDC-13/2021 y acumulado. Esta sentencia de la Sala Regional Guadalajara fue confirmada por la Sala Superior a través de su sentencia recaída en el expediente SUP-REC-71/2021.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CARBONELL, Miquel y SALAZAR, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, IJ-UNAM, 2012.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Informe anual 2011 de la CIDH, <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp>
- OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, *Justicia electoral comparada de América Latina*, México, UNAM, 2019.
- OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, “El sistema interamericano y la protección de los derechos políticos”, en OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús (coord.), *Protección a los derechos humanos. Perspectivas nacionales e interamericanas*, México, El Colegio Nacional, Porrúa, UNAM, 2018, pp. 345-374.
- OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, Control de la convencionalidad en materia electoral, México, TEPJF, Cuadernos de Divulgación Electoral, núm. 29, 2014.
- OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, “Los derechos humanos y el nuevo artículo 1o. constitucional”, *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año 5, núm. 28, julio-diciembre de 2011, pp. 85-98.
- OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa, UNAM, 2006.

Jurisprudencia

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”, en CIDH, Informe Anual 1999, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3, 13 de abril de 2000, Sección de Estudios Especiales.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe de fondo 01/90, Casos 9768, 9780 y 9828, México, 17 de mayo de 1990.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), Caso Las Palmeras *vs.* Colombia, Excepciones Preliminares, 4 de febrero de 2000.
- CORTE IDH, Caso Radilla Pacheco *vs.* Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas, 23 de noviembre de 2009, serie C, No. 209, julio de 2011.
- CORTE IDH, Caso Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala, 25 de noviembre de 2003.
- CORTE IDH, Caso Tibi *vs.* Ecuador, 7 de septiembre de 2004.
- CORTE IDH, Caso Vargas Areco *vs.* Paraguay, del 26 de septiembre de 2006.
- CORTE IDH, Pleno, Caso Almonacid Arellano *vs.* Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006.
- CORTE IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú, Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006.

- CORTE IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 220, 26 de noviembre de 2010.
- CORTE IDH, Caso Castañeda Gutman *vs.* Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 184, 6 de agosto de 2008.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis I. 4o.A.91 K, Aislada, Materia Laboral, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010.
- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis XI. 1º.A.T.47 K, Aislada, Materia Común, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010.
- SCJN, Tesis PLXXXVII/99, “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la constitución federal”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999.
- SCJN, Tesis 1ª/J, “Derechos políticos. Deben declararse suspendidos desde el dictado del auto de formal prisión, en términos del artículo 38, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Federal”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVII, febrero de 2008.
- SCJN, Tesis P/J 33/2011, “Derecho al voto. Se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de sujeción a proceso solo cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIV, septiembre de 2011.
- TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Sala Superior, Tesis de jurisprudencia 05/99, “Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Tiene facultades para determinar la inaplicabilidad de leyes secundarias cuando éstas se opongan a las disposiciones constitucionales”, Tercera Época.
- TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Sala Superior, “Derechos fundamentales de carácter político-electoral. Su interpretación y correlativa aplicación no debe ser restrictiva”, en *Jurisprudencia y tesis relevantes 1997-2005, Compilación oficial*, Jurisprudencia, México, TEPJF, 2005.

5.

PERSPECTIVAS DESDE LA JUDICATURA Y EL LITIGIO: EL NUEVO JUICIO DE AMPARO

LOS DERECHOS SOCIALES Y SU PROTECCIÓN VÍA AMPARO TRAS LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2011*

Eduardo Ferrer Mac-Gregor**

*A la memoria
del Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano,
en su primer aniversario luctuoso*

... la nueva configuración constitucional del juicio de amparo –resultado de la reforma de 11 de junio de 2011– claramente amplió el espectro de protección [...]. Por esa razón, recientemente esta Primera Sala ha reconocido la necesidad de reinterpretar el principio de relatividad de las sentencias de amparo, puesto que mantener la interpretación tradicional de dicho principio en muchos casos acabaría frustrando la finalidad sustantiva del juicio de amparo, a saber: la protección de todos los derechos fundamentales [...] de tal manera que ahora es posible proteger de mejor manera derechos fundamentales que tengan una dimensión colectiva y/o difusa [...] la necesidad de dicha reinterpretación se ha hecho especialmente patente en casos recientes en los que esta Suprema Corte ha analizado violaciones a derechos económicos, sociales y culturales.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN),
PRIMERA SALA, AMPARO EN REVISIÓN 1359/2015,
15 DE NOVIEMBRE DE 2017.

* El presente trabajo se basa en la conferencia impartida el 11 de junio de 2021, día en que se cumplió una década de la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, en el Congreso Internacional “Impacto de las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo 2011-2021”, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM).

** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Juez y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ferrermac@prodigy.net.mx

RESUMEN

El constitucionalismo mexicano cambió radicalmente debido a las reformas constitucionales de junio de 2011. Así, el nuevo andamiaje constitucional sentó las bases para ampliar el espectro de protección de los derechos humanos en el ámbito interno y ha permitido que la Suprema Corte de Justicia de la Nación aborde integralmente los análisis que los derechos sociales requieren. En ese sentido, se destacan algunos amparos resueltos por la Corte en la última década, producto de las reformas constitucionales de 2011, a manera de buenas prácticas. Además de la apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos, estas decisiones tienen un impacto mucho más amplio, como garantías de no repetición o efectos generales que propician un mayor beneficio social. Luego, se analizan las obligaciones relativas a los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues la jurisprudencia nacional puede ser enriquecida y se puede robustecer con la jurisprudencia de este órgano judicial. Por último, se reflexiona acerca de los desafíos en materia de derechos sociales en el escenario mexicano que abren las reformas de 2011, que han provocado nuevos acercamientos e interpretaciones que deben consolidarse en el futuro, rompiendo los esquemas tradicionales, para que trasciendan a los casos concretos, y flexibilizando los principios tradicionales del juicio de amparo, a la luz del derecho internacional, en sus pronunciamientos sobre estos asuntos. Por último, se señalan los desafíos en materia de derechos sociales.

I. INTRODUCCIÓN

El rostro del constitucionalismo mexicano cambió radicalmente debido a las trascendentales reformas constitucionales de junio de 2011. La Constitución de 1917 sufrió el cambio más importante en materia de derechos humanos,¹ que se complementa con su “reforma gemela” en materia de amparo.² El nuevo andamiaje constitucional permitió sentar las bases para ampliar el espectro de protección de los derechos humanos en el ámbito interno, brindando una nueva hermenéutica a través del principio *pro persona* y precisando obligaciones estatales. Entre sus

¹ Sobre el contenido y alcance de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, véanse, Salazar Ugarte, Pedro y Carbonell, Miguel (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011; García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa, 2011.

² En general, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*, 11 ed., México, IJ-UNAM. Porrúa, 2021 [2011]. Asimismo, en cuanto al juicio de amparo, resulta relevante la concreción de la reforma en la nueva Ley de Amparo de 2013. Al respecto, véase Cossío Díaz, José Ramón, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Mejía Garza, Raúl Manuel (coords.), *La nueva ley de amparo*, México, Porrúa, 2015.

distintos elementos debemos destacar la adición expresa de una serie de obligaciones contenidas en el artículo 1o. constitucional, siendo fundamentales para el tema de los derechos sociales las obligaciones de respeto, garantía y progresividad.³ Por otro lado, debe destacarse la inclusión de una “cláusula de estatalidad abierta”,⁴ que ha permitido ampliar la gama de derechos que las personas dentro de la jurisdicción mexicana tienen, ya que también comprende los derechos humanos que se encuentren previstos “en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. A pesar de que nuestra ley fundamental de 1917 fue la primera en establecer derechos sociales,⁵ en la realidad no fueron considerados genuinos derechos y su protección jurisdiccional fue muy limitada.⁶ En época reciente y previo a la reforma constitucional de 2011, se habían realizado algunos avances en la materia, siendo una excepción.⁷

³ Mientras que las obligaciones de respeto se entienden como una abstención del poder estatal, las obligaciones de garantía implican que los Estados deben adoptar medidas. La obligación de progresividad ha sido concebida como una obligación de garantía, ya que implica que se vaya ampliando, gradualmente, el espectro de un determinado derecho social. Así encontramos la progresividad normativa y la progresividad de resultados. Por otro lado, en correlato de dicha obligación se encuentra la obligación de regresividad, que es ubicada como una obligación negativa, en el sentido de que el Estado o sus autoridades deben abstenerse de disminuir el nivel de disfrute de un determinado derecho, salvo justificaciones que deberá probar la autoridad (como el uso máximo de los recursos disponibles) y serán valoradas caso por caso. Puede consultarse, al respecto, Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Cedal-CELS, 2006, pp. 3-52.

⁴ Al respecto, véanse: Morales Antoniazzi, Mariela, “Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del *ius constitutionale commune*”, México, IJ-UNAM, 2015, p. 62; Manili, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003; Astudillo, César, *El bloque y parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch, UNAM, 2014.

⁵ Existe un amplio reconocimiento internacional de la aportación de la Constitución de 1917 al constitucionalismo social y la consagración y difusión del juicio o recurso de amparo como garantía de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, véanse los trabajos contenidos en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Influencia extranjera y trascendencia internacional*, México, Senado de la República, IJ-UNAM, 2017, 2 t.

⁶ Como bien señala Cruz Parceró, “la fortuna de los derechos sociales en México no es algo de lo que podamos presumir, más allá de la hazaña del Constituyente y de un periodo efímero que comenzó con el cardenismo, pero que desafortunadamente se desvanecieron muy pronto”, Cruz Parceró, Juan, “Historia y porvenir de los derechos sociales en México”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, SCJN, núm. 5, julio-diciembre de 2017, pp. 35-68, 37.

⁷ Uno de los ejemplos resueltos por un juez federal es el denominado caso “Mini Numa” sobre la dotación de un centro de salud comunitario para una comunidad indígena en Guerrero. Véanse, entre otros, Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Rivera Maldonado, Aline, “El caso Mininuma: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en México”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, 59, núm. 251, enero-junio de 2009, pp. 89-122; Acuña, Juan Manuel, “El caso Mini Numa. Nuevos rumbos para la protección de los derechos sociales a través del juicio de amparo en México”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, t. 1, México,

El nuevo andamiaje constitucional, sin embargo, ha permitido que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) progresivamente pueda abordar de manera más integral los análisis que los derechos sociales requieren. Así, la SCJN ha abordado casos sobre educación,⁸ cultura,⁹ salud,¹⁰ alimentación,¹¹ medio ambiente,¹² o referidos a pueblos indígenas,¹³ entre otros, no siempre con la misma consistencia y en ocasiones con altibajos.¹⁴ A diferencia de casos anteriores a la reforma de derechos humanos, se advierte un incremento en el diálogo con órganos y organismos internacionales que, en algunos momentos, resulta fluido y robusto, al decantar estándares internacionales que puedan ser aplicados en situaciones concretas. Este nuevo andamiaje ha permitido que algunos conceptos clásicos del amparo mexicano sean redimensionados y reinterpretados, ya que, si bien los derechos sociales tienen una doble naturaleza (individual y social), el tradicional principio de la “relatividad de las sentencias” o “fórmula Otero”, ha representado un obstáculo para abordar posibles soluciones integrales y “sigue representando un escollo a la protección de los derechos sociales”.¹⁵

El presente trabajo pretende destacar algunos amparos resueltos por la SCJN en la última década, producto de las reformas constitucionales de 2011, a manera de buenas prácticas. Además de la apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos, estas decisiones presentan particularidades, por los “efectos” que las referidas sentencias brindan, alejándose de la concepción tradicional de los meramente restitutorios que había caracterizado al juicio de amparo. Como

UNAM, 2011, pp. 31-50; Cervantes Alcayde, Magdalena, *Las estrategias sociales en la exigibilidad de los derechos sociales: el caso Mini Numa*, tesis de maestría, México, Flacso, 2010; y Emanuelli, María Silva, “La justiciabilidad de los DESC en México: retos y avances”, en Cervantes Alcayde, Magdalena, Emanuelli, María Silvia, Gómez Trejo, Omar y Terán, Areli Sandoval (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN, 2014, pp. 107-125.

⁸ Véanse las siguientes sentencias de la SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 306/2016; Amparo en Revisión 100/2016; Amparo en Revisión 1356/2015; Amparo en Revisión 1374/2015; Amparo en Revisión 750/2015 (Amparos contra la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo por el derecho a la educación universitaria).

⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 566/2015.

¹⁰ Véanse, SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1049/2017; Segunda Sala, Amparo en Revisión 251/2016.

¹¹ SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 1219/2015.

¹² SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 242/2018 y Amparo en Revisión 610/2019.

¹³ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 631/2012.

¹⁴ Véase Paz González, Isaac y Macías Sandoval, María del Refugio, “La justiciabilidad de los derechos sociales. Altibajos de su interpretación constitucional en México”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 29, julio-diciembre de 2019, pp. 25-62.

¹⁵ González Piña, Alejandro, “Los derechos sociales y su exigibilidad. Algunos problemas para su protección a través del amparo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, SCJN, núm. 5, julio-diciembre de 2017, pp. 455-491, 475.

se podrá advertir, esas decisiones tienen como eje cardinal brindar medidas de reparación que no solo benefician a la parte quejosa, sino que tienen un impacto mucho más amplio, es decir, como garantías de no repetición, o efectos generales en que la naturaleza del derecho permita un mayor beneficio social.

II. AMPAROS SOCIALES DESTACADOS DESPUÉS DE LA REFORMA

2.1. Caso del Pabellón 13 (derecho a la salud)

La decisión fue adoptada el 15 de octubre de 2014 por la Segunda Sala de la SCJN (Amparo en Revisión 378/2014).¹⁶ Dentro de los hechos a destacar encontramos que el 20 de diciembre de 2012 tres pacientes del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas” demandaron el amparo y protección de la Justicia Federal en contra de varias autoridades responsables. Esencialmente reclamaron la omisión de ejecutar el proyecto denominado “Construcción y equipamiento del servicio clínico para pacientes con VIH/SIDA y co-infección por enfermedades de transmisión aérea”, también conocido como “Pabellón 13”, así como la omisión de autorizar la transferencia de los recursos suficientes para tal fin.¹⁷ Se consideró que los actos reclamados impedían el acceso al goce del más alto nivel posible de salud; que las autoridades responsables violaban el derecho a la salud, porque no habían destinado el máximo de los recursos a su disposición para ejecutar el citado proyecto, con lo que se violaba también el derecho a la vida, porque los enfermos de VIH/SIDA se encuentran expuestos a contagios y coinfecciones de diversas enfermedades. También señalaron que se los discriminaba por cuestiones socioeconómicas, al carecer de posibilidades para acudir con médicos privados que les pudieran brindar el servicio especializado.¹⁸

En cuanto al fondo, destacan algunas cuestiones novedosas. En primer lugar, la SCJN es llamada a resolver si las autoridades han destinado efectivamente “el máximo de los recursos disponibles para garantizar el disfrute más alto posible de salud”. Ante ello, la Segunda Sala indicó que, conforme a los estándares internacionales —en

¹⁶ Recientemente la Primera Sala de la SCJN resolvió los Amparos en Revisión 226/2020 y 227/2020 (ambos decididos el 11 de noviembre de 2020). La particularidad de dichas sentencias es que expresamente invocan el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la materia, para fundamentar el derecho a la salud de los quejosos, estableciendo la obligación del Estado de proveerles medicamentos para el VIH. Sin embargo, a diferencia de las decisiones reseñadas en este documento, los efectos son *inter partes*.

¹⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 378/2014, pp. 2-4.

¹⁸ *Ibidem*, p. 9.

especial, lo desarrollado por las Observaciones Generales No. 3 y No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC)–, a aquellos Estados que alegan “falta de recursos” e *incumplen* la plena realización del derecho a la salud o bien que no aseguren los niveles esenciales del mismo, no solo les corresponderá “comprobar dicha situación”, sino, además,

... acreditar que ha realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que están a su disposición, habida cuenta que en el uso de su arbitrio para el desarrollo de las políticas públicas, y para las decisiones atinentes a la distribución o re-distribución de recursos, debe tomar en cuenta a los grupos vulnerables, así como a las situaciones de riesgo, en el entendido que se encuentra proscrito que incurra en decisiones que resulten arbitrarias o discriminatorias.¹⁹

La Segunda Sala precisó la litis, consistente en determinar si las condiciones en que se les ha proporcionado la atención médica resultaban apegadas al derecho humano del nivel más alto posible de salud, de manera tal que no se encontraran indebidamente expuestos a padecer otras infecciones, enfermedades y trastornos, que vulneraran su integridad personal e, inclusive, pudieran poner en peligro sus vidas.²⁰ En este sentido, a la referida Sala no le pasó inadvertido que las autoridades responsables ya habían reconocido que el área en el que era brindado el tratamiento a los pacientes de VIH/SIDA: el Pabellón 4 del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas”, resultaba inadecuada y no cumplía con los estándares de calidad internacional.²¹

En este sentido, no estaba en controversia cuál era la mejor opción para garantizar el derecho a la salud de los pacientes con VIH/SIDA, si la remodelación y equipamiento del Pabellón 4 o la construcción y equipamiento del Pabellón 13. Lo que estaba en controversia era si el Estado había realizado todos los esfuerzos para garantizar este derecho. En el caso concreto, la SCJN constató que las autoridades responsables no habían demostrado realizar todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que estaban a su disposición, para lograr la plena efectividad del derecho humano al nivel más alto posible de salud de los quejosos, ya que se habían limitado a afirmar la falta de disponibilidad presupuestaria para llevar a cabo las medidas tendientes a lograr el objetivo: la construcción o remodelación de los respectivos pabellones, siendo omisas en aportar al juicio el material probatorio en que se sustentaba su afirmación.²²

¹⁹ *Ibidem*, pp. 57 y 58.

²⁰ *Cfr. Ibidem*, p. 44.

²¹ *Idem*.

²² *Ibidem*, p. 60. Asimismo, véanse SCJN, Segunda Sala, Tesis 2a. CIX/2014 (10a.), “Derechos económicos, sociales y culturales. Cuando el Estado aduce que existe una carencia presupuestaria para

Uno de los aspectos más trascendentales que presenta esta decisión es la afirmación relativa a la división de poderes en el Estado de derecho. Sobre el tema, la Segunda Sala apunta que

... si bien en principio los tribunales no deben sustituirse en las funciones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, por cuanto hace a la elaboración de las políticas públicas y en la asignación de recursos, lo cierto es que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige al Poder Judicial que contraste la actuación de dichos órganos democráticos con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos que forman parte del sistema jurídico mexicano y que, desde luego, vinculan a todas las autoridades estatales.²³

En cuanto a los efectos de esta decisión, la sentencia refiere a que las autoridades responsables consideren qué medida resulta más adecuada para poder brindar a los quejosos el tratamiento médico apropiado a su padecimiento, ya sea: a) mediante remodelación del Servicio Clínico 4, en donde actualmente eran tratados, o b) bien mediante la construcción de un nuevo pabellón hospitalario. Además, agregó como tercera opción: c) en caso de que se acredite que ninguna de las opciones sea posible y compatible con las políticas públicas en materia de salud, deberían realizarse las gestiones que se estimaran pertinentes para que los quejosos, “a satisfacción razonable –calificada por el juzgador–”, puedan ser atendidos en otro hospital o en las clínicas del sector salud para recibir su tratamiento en las condiciones adecuadas e idóneas a su enfermedad, garantizando el derecho a obtener el nivel más alto posible de salud.²⁴

Cabe destacar que la Segunda Sala consideró oportuno indicar cómo ha sido entendido el derecho a la salud por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. También consideró lo previsto en los artículos 10 del Protocolo de San Salvador y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, e hizo suyos los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad del derecho a la salud de acuerdo con la Observación General No. 14 del Comité DESC.

su realización, debe acreditarlo”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 12, t. 1, Noviembre de 2014, p. 1190, Registro 2007936; y SCJN, Segunda Sala, 2a. CVIII/2014 (10a.), “Salud. Derecho al nivel más alto posible. Éste puede comprender obligaciones inmediatas, como de cumplimiento progresivo”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 12, t. 1, noviembre de 2014, p. 1190, Registro 2007938.

²³ *Ibidem*, p. 58.

²⁴ *Cfr. Ibidem*, p. 60.

2.2. Parque Ecológico del Centenario (derecho al medio ambiente)

La sentencia fue adoptada el 14 de noviembre de 2018 por la Primera Sala de la SCJN (Amparo en Revisión 307/2016). El Ayuntamiento de Tampico, Estado de Tamaulipas, en la sesión ordinaria de cabildo de 18 de abril de 2013, aprobó por unanimidad la construcción del proyecto denominado “Parque temático-ecológico Laguna del Carpintero”, consistente en la preparación del sitio y construcción del Parque Temático Ecológico Centenario. En el proyecto se contemplaba el desarrollo de una superficie de aproximadamente 16 hectáreas colindantes con el humedal Laguna del Carpintero, con el fin de recuperar áreas verdes, fomentar las relaciones humanas de esparcimiento, recreación, deporte, difusión cultural para la población del municipio de Tampico, Tamaulipas, así como la construcción y operación de la Casa de la Tierra, la cual formaría parte de uno de los denominados Centros de Educación y Vigilancia Climática Global. Para tal efecto y a partir de la autorización de impacto ambiental otorgada por la Secretaría de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente del Estado de Tamaulipas, las autoridades municipales –según el dicho de las quejas– procedieron a la tala indebida de manglares y la destrucción del ecosistema del área destinada a las actividades de preparación para la construcción de dicho parque, motivo por el cual dichas peticionarias promovieron juicio de amparo.²⁵ En este sentido, las quejas afirmaron que los actos reclamados transgreden el derecho humano a un medio ambiente adecuado previsto en el párrafo 5 del artículo 4o. constitucional, al causar un daño irreversible al ecosistema de humedales, manglares y especies terrestres y acuáticas, en perjuicio de los habitantes de la Ciudad de Tampico.²⁶

La Primera Sala consideró que este asunto revestía especial trascendencia debido a que, entre otras cuestiones, permitiría precisar “cuál es el contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano –entendido como un verdadero derecho fundamental, justiciable y exigible– incluyendo aquellos aspectos de la vida de las personas sobre los cuales se proyecta y los supuestos en los cuales puede estimarse una vulneración al mismo”.²⁷

Uno de los aspectos a destacar es que la Primera Sala recurre expresamente a la Opinión Consultiva No. 23 de la Corte IDH sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos (OC-23).²⁸ En especial, retoma algunos parámetros fundamentales, como lo son: la autonomía del derecho al medio ambiente sano (en su faceta tanto individual como colectiva), las obligaciones correlativas de los

²⁵ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 307/2016, p. 4.

²⁶ *Ibidem*, párr. 4.

²⁷ *Ibidem*, párr. 3.

²⁸ *Ibidem*, párr. 70.

Estados frente al derecho al medio ambiente sano –derivado de los parámetros vertidos por el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador–, así como la importancia del derecho al medio ambiente y la faceta ambiental de los derechos.²⁹

En la decisión, para analizar si ha ocurrido una violación del derecho al medio ambiente, la Primera Sala considera que, aunque en el derecho ambiental nacional e internacional existen diversos principios, en el caso concreto procedería a analizar los hechos con base en los principios de: a) precaución, b) participación ciudadana, c) *in dubio pro natura* y d) no regresión. En aras de destacar algunos puntos de esta decisión, solo me centraré en los incisos *c* y *d*, ya que tanto el principio precautorio como el de participación ciudadana fueron desarrollados con muchísima amplitud en la OC-23 por parte de la Corte IDH.³⁰ Así, los aspectos novedosos que aporta esta decisión están en el abordaje del principio *in dubio pro natura* y el principio de no regresión en materia ambiental.

En cuanto al principio *in dubio pro natura*, la Sala entiende que este se encuentra ligado al principio de prevención y precaución.³¹ Así, ante la duda sobre la certeza o exactitud científica de los riesgos ambientales, se debe resolver *a favor de la naturaleza*. Esto es, si en un proceso existe una colisión entre el medio ambiente y otros intereses, y los daños o los riesgos no pueden dilucidarse por falta de información, deberán tomarse todas las medidas necesarias a favor del medio ambiente; así, en cualquier conflicto ambiental debe prevalecer, siempre, aquella interpretación que favorezca la conservación del medio ambiente.³²

En cuanto al principio de no regresión en materia ambiental, la Primera Sala consideró que, si bien el principio de progresividad se traduce en la prohibición correlativa de *regresividad*, lo que implica que, una vez que se ha llegado a determinado nivel de protección, el Estado se encuentra vedado a retroceder en esa garantía, *salvo* que se cumpla con un estricto juicio de proporcionalidad, en términos del cual se demuestre que la medida regresiva es imprescindible para cumplir con un fin constitucionalmente válido. Así, en materia ambiental, ello “implica la limitación a los poderes públicos de no disminuir o afectar el nivel de protección ambiental alcanzado, salvo que esté absolutamente y debidamente justificado”.³³

²⁹ *Ibidem*, párrs. 71 a 79.

³⁰ Cfr. “Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, Serie A, No. 23, 175-180 y 226-232.

³¹ Al respecto véanse las diferencias conceptuales de estos dos principios que rigen en materia ambiental en el marco de la Convención Americana. *Ibidem*, párrs. 134-140, 175-180.

³² SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 307/2016, párrs. 105 y 107.

³³ *Idem*.

Además, indica la Sala, el principio de no regresión en materia ambiental está relacionado con la inclusión de las generaciones futuras en la noción de progreso, pues se entiende que cualquier disminución injustificada y significativa del nivel de protección ambiental alcanzado afectará el patrimonio que se transmitirá a la siguiente generación.³⁴

También resultan relevantes las consideraciones sobre el “interés legítimo”.³⁵ La referida Sala expresó que, aunque “una mayor protección del medio ambiente implicaría que *cualquier* persona pudiera reclamar su afectación como un bien común, independientemente [de] su relación específica con el medio afectado, lo cierto es que los mecanismos de defensa aún no han logrado un desarrollo de índole global que permita una interacción de esta naturaleza entre los distintos sistemas de judicialización”.³⁶ En búsqueda de alguna solución “equilibrada”, la Sala concluyó que se actualiza el interés legítimo en un juicio de amparo en materia ambiental, cuando se acredita que existe un vínculo entre quien alega ser titular del derecho ambiental y los servicios ambientales³⁷ que presta el ecosistema presuntamente vulnerado, vínculo que puede demostrarse –como uno de los criterios de identificación, no el único– cuando el accionante acredita habitar o utilizar el “entorno adyacente”³⁸ del ecosistema, entendiendo este como su área de influencia³⁹ a partir de los servicios ambientales que presta.⁴⁰

³⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 307/2016, párr. 120.

³⁵ Véanse: SCJN, Primera Sala, Tesis 1a. CCXC/2018 (10a.), “Interés legítimo para promover un juicio de amparo en materia ambiental. Obligación de los juzgadores en su análisis”, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 335, Registro 2018694; SCJN, Primera Sala, Tesis 1a. CCXC/2018 (10a.), “Interés legítimo para promover un juicio de amparo en materia ambiental. Obligación de los juzgadores en su análisis”, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 309, Registro 2018694.

³⁶ *Ibidem*, párr. 149.

³⁷ Según la Primera Sala: “130. Los servicios ambientales se definen y miden a través de pruebas científicas y técnicas que, como todas en su ámbito, no son exactas ni unívocas; lo anterior implica que no es posible definir el impacto de un servicio ambiental en términos generales, o a través de una misma unidad de medición, es más, algunos servicios ambientales se deberán definir a través de pruebas científicas improbables”. SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 307/2016.

³⁸ Según la SCJN, Primera Sala: “168. El concepto del entorno adyacente como uno de los criterios para definir la legitimación activa en el juicio de amparo ambiental, resulta acorde con el principio de participación ciudadana, en tanto los principales interesados, y obligados, a defender un determinado ecosistema, son sus beneficiarios, es decir, aquellos que habitan o utilizan su zona de influencia”. *Idem*.

³⁹ Según la Primera Sala: “165. Las áreas de influencia se refieren a las zonas o espacios geográficos en los que impactan los servicios ambientales que prestan los ecosistemas y que benefician a los seres humanos y al propio medio ambiente. Con otras palabras, son las áreas en las cuales las funciones de un ecosistema, entendidas como los procesos biofísicos que ahí se generan, impactan en beneficio de los seres humanos y del medio ambiente”. *Idem*.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 170.

En el caso concreto, la Sala consideró que la transgresión del derecho reclamado se daba principalmente por la vulneración de los principios precautorio,⁴¹ de no regresión⁴² e *in dubio pro natura* en materia ambiental. Así, la Sala constató que de los “autos consta que el Municipio de Tampico, Tamaulipas no contó con la autorización de impacto ambiental emitida previamente por la Semarnat [Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales] para desarrollar el denominado ‘Parque Temático Ecológico Laguna del Carpintero’ en la zona de humedales de que se trata, no obstante que esta Secretaría hizo de su conocimiento la necesidad de tal autorización”. Lo anterior, a juicio de la Sala, implicaba que el desarrollo del Parque Temático Ecológico Laguna del Carpintero en una zona con humedales, sin una evaluación previa sobre los riesgos o daños para el medio ambiente, particularmente para las especies de mangle que ahí se ubicaban, ponía “en riesgo el ecosistema en cuestión contraviniendo directamente el principio de precaución y del principio de *in dubio pro natura*”.⁴³ Por lo tanto, concluyó que “la ausencia de la autorización de la Semarnat para desarrollar un proyecto en una zona de especial protección basta para *concluir que el humedal ubicado en el área está en riesgo* y, consecuentemente, a la luz de los principios de precaución, *in dubio pro natura* y no regresión en materia ambiental, basta para otorgar la protección constitucional”.⁴⁴

En cuanto a los efectos,⁴⁵ resulta muy interesante la formulación de los mismos tratándose de este derecho. La Sala reconoce que “el derecho al medio ambiente tiene una especial configuración”, por lo que se exige “*la flexibilización de*

41 “253. Es decir, a la luz del principio de precaución, el Estado mexicano ha determinado que cualquier actividad que se realice en zonas de humedales exige una protección especial, precisamente, por constituir, *prima facie*, un riesgo para el medio ambiente, dado que a estos ecosistemas se les reconoce un valor muy particular como reguladores de los regímenes hidrológicos, así como hábitat de diversas especies de flora y fauna; en particular, la normativa mexicana ha decretado que el mangle blanco, negro y rojo son especies amenazadas”. *Idem*.

42 “254. [...] de conformidad con el principio de no regresión, en relación con los humedales, el Estado mexicano, en términos de la normativa nacional e internacional, ha trazado ya una línea de protección tendente a conservar este ecosistema, de manera que cualquier decisión que implique disminuir este nivel de protección ya alcanzado debe estar debidamente justificada”. *Idem*.

43 *Ibidem*, párrs. 255 y 257.

44 *Ibidem*, párr. 260.

45 En el Amparo en Revisión 610/2019, la Segunda Sala de la SCJN consideró que, en materia ambiental, aun cuando los efectos de un amparo contra leyes benefician al quejoso, conceptualizar los efectos de esa manera en realidad no respondería a la naturaleza del derecho en cuestión, por lo que, en este tipo de casos, el principio de la relatividad de las sentencias podría modularse ante un interés legítimo de naturaleza colectiva. En este amparo se acude a la Tesis 2a. LXXXIV/2018, “Sentencias de amparo. El principio de relatividad admite modulaciones cuando se acude al juicio con un interés legítimo de naturaleza colectiva”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 61, t. I, septiembre de 2018, p. 1217, Registro 2017955.

*los distintos principios del juicio de amparo a efecto de hacerlo un medio eficaz para su protección, directriz que impacta también en materia de efectos” encaminada a una reparación integral del derecho.*⁴⁶

La Sala observó que “uno de los principales problemas que enfrenta el juicio de amparo en materia ambiental es la tensión que naturalmente se genera entre el otorgamiento de la protección constitucional en materia ambiental y el principio de relatividad de las sentencias”.⁴⁷ Para solventar esta tensión la Sala recordó que a partir del año 2011

... nuestro juicio de amparo se transformó inspirado fundamentalmente en la necesidad de garantizar de manera efectiva el reconocimiento y la protección de los derechos humanos, la cual ha conducido a [...] la necesidad de *reinterpretar* el principio de relatividad de las sentencias de amparo, puesto que mantener su interpretación tradicional frustra la finalidad sustantiva del juicio de amparo: la protección de *todos los derechos fundamentales*.⁴⁸

En este sentido, en la sentencia se indicó que uno de los cambios más importantes fue la introducción del interés legítimo para poder acudir al juicio de amparo, modificación que implicó la ampliación del espectro de protección de estos derechos, ante la posibilidad de someter a jurisdicción otro tipo de intereses que anteriormente no estaban tutelados, como los colectivos y/o difusos,⁴⁹ dentro los cuales se ubica el derecho humano al medio ambiente. Así, la especial configuración del derecho humano al medio ambiente

... obliga a reinterpretar el principio de relatividad de las sentencias con el objeto de dotarlo de un contenido que permita su tutela efectiva a partir del reconocimiento de su naturaleza colectiva y difusa. Esto porque si tanto el derecho al medio ambiente sano, como el principio de relatividad de las sentencias están expresamente reconocidos en la Constitución Federal, resulta que su interacción debe ser armónica, es decir, la relatividad de las sentencias no puede constituir un obstáculo para la salvaguarda efectiva del medio ambiente.⁵⁰

Los efectos del amparo son de especial relevancia. Si se analizan desde la teoría de las reparaciones, la Primera Sala dicta medidas de restitución del derecho, no solo en la esfera de las quejas, sino del beneficio de la comunidad, por la

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 267. Véase la Tesis 1a. CCXCIV/2018 (10a.), “Relatividad de las sentencias en el juicio de amparo en materia ambiental”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 390, Registro 2018800.

⁴⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 307/2016, párr. 268.

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 269.

⁴⁹ Sobre la temática, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, 2 ed., México, Porrúa, 2003.

⁵⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 307/2016, párrs. 270-271.

propia naturaleza del derecho, indicando que las autoridades responsables deberán recuperar el ecosistema y los servicios ambientales del área en que se desarrolla el proyecto denominado “Parque Temático Ecológico Laguna del Carpintero”.⁵¹ Además, de manera excepcional, vincula a diversas instituciones para ejecutar dicha medida imponiéndoles plazos y objetivos. Por ejemplo:

276. [...] la Sala requiere de la Comisión Nacional para el Conocimiento y el Uso de la Biodiversidad como autoridad coadyuvante en el cumplimiento de la presente ejecutoria, para que en un término no mayor de treinta días contados a partir del día siguiente al de la notificación de la presente ejecutoria, emita un Proyecto de Recuperación y Conservación del área de manglar ubicada en la Laguna del Carpintero, zona en que se desarrolla el “Parque Temático Ecológico Laguna del Carpintero”.

278. A partir del Proyecto de Recuperación y Conservación elaborado por la Conabio [Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad], la Semarnat en un término no mayor de treinta días contados a partir del día siguiente al de la notificación de la presente ejecutoria deberá determinar: (i) un programa de trabajo para la implementación del Proyecto de Recuperación y Conservación con lineamientos concretos de actuación que deberán llevar a cabo tanto las autoridades responsables municipales y federales en el ámbito de sus respectivas competencias, como la empresa tercero interesada como sujeto responsable; y (ii) un cronograma de actuación con objetivos a corto, mediano y largo plazo a partir de lo establecido en el Proyecto de Recuperación y Conservación. Lo anterior con fundamento en los artículos 2, fracción VIII y 13 de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental.⁵²

En cuanto al cumplimiento, la Sala indicó que las autoridades responsables, tanto las municipales como la Semarnat, deben remitir a la SCJN así como al juez de Distrito encargado del cumplimiento, un informe bimestral detallado sobre el cumplimiento del Proyecto de Recuperación y Conservación del manglar de la Laguna del Carpintero. Para ello, el juez de Distrito “requerirá a la Conabio y a la Conafor [Comisión Nacional Forestal] para que en el término de ocho días, emitan su opinión con relación a dichos informes de cumplimiento”. Además, estimó que, en términos del principio de participación ciudadana, estos informes de cumplimiento y opiniones especializadas deberán publicarse por las autoridades vinculadas y que, en específico, deberán ponerse a disposición de la quejosa a efecto de que manifieste lo que estime conveniente con relación a las acciones emprendidas para la recuperación del referido ecosistema y el cumplimiento de la presente ejecutoria.⁵³

⁵¹ *Ibidem*, párr. 272 inciso b.

⁵² *Ibidem*, párrs. 276 y 278.

⁵³ *Ibidem*, párrs. 282 y 283.

2.3. Educación inclusiva para personas con TDAH (derecho a la educación)

La decisión fue adoptada el 4 de noviembre de 2018 por la Segunda Sala de la SCJN (Amparo en Revisión 31/2018). En cuanto a los hechos, en septiembre de 2014, el padre de un menor presentó una queja ante el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), en contra de un centro educativo por negar la reinscripción de su hijo al segundo grado de secundaria, así como la devolución de la documentación oficial del niño. Dicho Consejo emitió su resolución en marzo de 2016, en la cual determinó que el personal del colegio realizó actos de discriminación, ya que el alumno presentaba trastorno por déficit de atención con hiperactividad (TDAH), lo que provocó que esa institución educativa ejerciera su derecho de reserva de prestar el servicio ante la conducta violenta del adolescente.⁵⁴ La institución educativa interpuso recurso de revisión ante el propio Conapred, argumentando que la razón por la cual se negó la reinscripción al menor fue por su conducta violenta y no por su discapacidad.

En primer lugar, la Segunda Sala, retomando lo indicado por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, indicó que los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar los derechos de las personas, además de que el derecho a la educación inclusiva es aplicable a todas las personas con discapacidad. En este sentido, la Sala consideró que “el modelo de la educación inclusiva surge como respuesta a las limitaciones de la educación tradicional, calificada como utilitarista y segregadora, así como a las insuficiencias resultantes de la educación especial y de las políticas de integración de estudiantes con necesidades especiales dentro del sistema regular de educación”.⁵⁵ Además, se afirmó que la educación inclusiva se basa en el principio de que “siempre que sea posible todos los niños deben estudiar juntos, sin establecer ningún tipo de diferencias”, ya que todo niño tiene características, intereses, capacidades y necesidades de aprendizaje particulares, por lo que los alumnos con necesidades educativas especiales deben tener acceso al sistema de educación general y encontrar acomodo en él mediante una pedagogía centrada en el niño.⁵⁶

La Segunda Sala señaló que el TDAH es una condición neuropsiquiátrica caracterizada por la dificultad de poner atención y por la hiperactividad o impulsividad, que puede persistir hasta la edad adulta e impactar diferentes áreas, como la académica, laboral y social, lo cual, en la especie, era lo que presentaba el menor

⁵⁴ SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo 31/2018, pp. 4 y 5.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁶ *Idem*.

agraviado, esto es, existía un vínculo estrecho entre la conducta “indebida” del educando y dicho trastorno, de ahí que fuera ilegal que la autoridad responsable determinara que no estaba plenamente demostrado que la indisciplina escolar del menor derivara de su discapacidad.⁵⁷ En este sentido, no pasó inadvertido para la SCJN que el centro escolar tenía conocimiento de que el menor había sido diagnosticado con tal padecimiento, lo cual suponía el deber de adoptar “medidas razonables” tendientes a lograr la inclusión del alumno con discapacidad en el sistema escolar, no así establecer su exclusión total del servicio educativo.⁵⁸

La Segunda Sala estimó que la postura del colegio resultaba flagrantemente violatoria del derecho a la educación inclusiva, pues los alumnos con necesidades educativas especiales deben tener acceso al sistema de educación general y encontrar acomodo en él mediante una pedagogía centrada en el niño, esto es, fue discriminatoria la exclusión del alumno con discapacidad del sistema educativo al que se encontraba integrado, ya que era obligación de la propia institución educativa brindar una educación que atendiera las necesidades especiales del educando con discapacidad, esto mediante los ajustes razonables.⁵⁹

En cuanto a los efectos, aunque no se ve reflejado en el engrose, pero sí en el formato de lectura fácil, se indicó que “*la Corte resolvió que tu anterior escuela debe hacer lo siguiente: primero, debe tomar un curso para no volver a violar el derecho a la educación; segundo, debe darte una disculpa por escrito; y tercero, debe pagarle a tus papás por los gastos de inscribirte en una nueva escuela*”.⁶⁰ El primer efecto, si lo analizamos según la teoría de las reparaciones, se refiere a una garantía de

⁵⁷ *Ibidem*, p. 46.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 27.

⁵⁹ La Segunda Sala precisó que entre los elementos fundamentales que guían la aplicación de la obligación de realizar ajustes razonables, figuran los siguientes: “1.- Detectar y eliminar los obstáculos que repercuten en el goce de los derechos humanos de las personas con discapacidad, mediante el diálogo con la persona con discapacidad de que se trate; 2.- Evaluar si es factible realizar un ajuste (jurídicamente o en la práctica); 3.- Evaluar si el ajuste es pertinente (es decir, necesario y adecuado) o eficaz para garantizar el ejercicio del derecho en cuestión; 4.- Evaluar si la modificación impone una carga desproporcionada o indebida; para ello hay que evaluar la proporcionalidad que existe entre los medios empleados y la finalidad, que es el disfrute del derecho en cuestión; 5.- Velar por que el ajuste razonable sea adecuado para lograr promover la igualdad y eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad. Se requiere un enfoque caso por caso. Entre los factores a tener en cuenta están: los costos financieros, los recursos disponibles, los efectos de la modificación, las ventajas para terceros, los efectos negativos para otros y los requisitos razonables de salud y seguridad; 6.- Garantizar que los costos no recaigan sobre las personas con discapacidad en general; y 7.- Velar por que la carga de la prueba recaiga sobre el garante de los derechos que sostenga que la carga sería desproporcionada o indebida”. SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo 31/2018, pp. 54-56.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 1.

no repetición: capacitación de funcionarios.⁶¹ Debe destacarse que la sentencia se apoya en las Observaciones Generales 1 y 4 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre igualdad ante la ley y educación inclusiva, respectivamente.

2.4. Caso de las Trabajadoras del Hogar (Seguridad Social)

La decisión fue adoptada el 4 de noviembre de 2018 por la Segunda Sala de la SCJN (Amparo en Revisión 9/2018). En cuanto a los hechos, el 28 de abril de 2016, en la Unidad Jurídica de la Oficialía de Partes de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México, una trabajadora del hogar demandó a sus patronas (es decir, prestaba sus servicios a dos personas diferentes⁶²) las siguientes prestaciones: indemnización constitucional; pago de salarios caídos, aguinaldo, vacaciones, prima vacacional, prima de antigüedad y del tiempo extraordinario; así como la inscripción retroactiva ante el Instituto Mexicano del Seguro Social; además demandó de los citados Institutos la determinación de las cuotas y fincar los capitales consultivos correspondientes.⁶³ La quejosa manifestó que fue contratada para laborar al servicio de las demandadas, en donde tenía la obligación de cubrir un turno continuo, siendo que, al realizar funciones de doméstica, esto es, realizar las labores de limpieza, lavado, planchado, comidas, lavar ropa, platos y áreas comunes de edificios, y para poder cumplir con ello, laboraba de las 8:00 a.m. a las 17:00 horas de lunes a sábado de cada semana y sin horas de comidas ni descanso.⁶⁴ En cuanto al tema que nos ocupa, la seguridad social, la Junta de Conciliación considero que,

... en términos del numeral 338, fracción II, de la Ley Federal del Trabajo, es obligación del patrón proporcionar a los trabajadores domésticos, en caso de enfermedad que no sea de trabajo y no sea crónica, asistencia médica en tanto se logra su curación; lo que descarta que la parte patronal esté obligada a efectuar la inscripción de tales trabajadores al Instituto Mexicano del Seguro Social; lo que también está apoyado en el artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social, que dispone que voluntariamente podrán ser sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio los trabajadores domésticos; por lo que,

⁶¹ La referida medida de no repetición ha sido la más recurrida por parte de la Corte IDH en sus decisiones. En cuanto al componente de capacitación, esta medida no tiene un contenido específico, ya que dependerá del caso concreto lo que se dicta como contenido de la capacitación.

⁶² Al respecto la quejosa manifestó: "1. La suscrita ingresé a prestar mis servicios en fecha 11 de enero de 1959, al ser contratada por la demandada [...] como patrona, y posteriormente al crecer sus hijas a últimas fechas también como patrona a la demandada [...], quienes me contrataron con la categoría de doméstica, y con un salario último de [...], semanales". SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo 9/2018, p. 5.

⁶³ *Ibidem*, p. 4.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 5.

el patrón no tiene la obligación de hacer la inscripción ante el referido Instituto de dichos empleados.

Por esto, “absolvió a los Institutos Mexicano del Seguro Social [...] del pago y cumplimiento de todas las prestaciones reclamadas”, aduciendo que, al ser un organismo público encargado de prestar los servicios de seguridad social, no tenía el carácter de patrón, “máxime que no se les imputa hecho alguno y la obligación de inscribir y efectuar las aportaciones corresponde a los empleadores”.⁶⁵ En este sentido, y en cuanto al fondo del asunto, la Segunda Sala estaba llamada a resolver si el hecho de que los patrones carecieran de la obligación jurídica de inscribir a los trabajadores domésticos ante el Instituto Mexicano del Seguro Social constituye un trato discriminatorio proscrito por el artículo 1o. constitucional, así como una violación del derecho humano a la seguridad social tutelado por el artículo 123, apartado A, de la Constitución Federal.⁶⁶

Previo a resolver el fondo, la Segunda Sala notó que debía de analizar integralmente la regulación que atañe a la seguridad social de las trabajadoras y los trabajadores domésticos con el fin de determinar si la exclusión que se reclamaba era o no contraria al derecho a la seguridad social en igualdad de condiciones; así señaló que “lejos de adoptarse una actitud rigorista o formalista respecto al análisis de los planteamientos de constitucionalidad de la promovente de amparo, *se opta por dar primacía a la accesibilidad y sencillez con la que deben estar revestidos los recursos efectivos, como lo es el juicio de amparo*, en función de resolver de manera completa el punto jurídico que fue elevado por la justiciable y de esa forma no dejarla en estado de indefensión”.⁶⁷ Por ello, la Segunda Sala consideró que no solo analizaría las disposiciones relativas a la Ley Federal del Trabajo que dieron origen al juicio, ya que además era necesario incorporar el análisis constitucional del artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social,⁶⁸ norma jurídica que establece y fundamenta la exclusión del trabajo doméstico del régimen obligatorio de seguridad social.

En cuanto al fondo, la Segunda Sala especificó que, en lo que hace a la aplicación del principio de igualdad, en el caso específico del derecho humano a la seguridad social, debe tenerse en cuenta que debe garantizarse sin discriminación. Así, la seguridad social incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 6 y 7.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 8.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 11.

o del privado, “así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales”.⁶⁹ La Sala retomó estas consideraciones de la Observación General No. 19 del Comité DESC.

Para resolver la constitucionalidad de las normas impugnadas, en la sentencia se recurrió a dos elementos fundamentales que tienen especial incidencia en los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (Desca): a) por un lado, a un análisis contextual, que en este caso se vio reflejado en el uso de fuentes estadísticas sobre las personas que principalmente desempeñan labores del hogar;⁷⁰ y, por otro lado, al impacto indirecto y diferenciado de las normas, aunque neutras en su redacción, discriminatorias por un motivo prohibido —en este caso, el género, ya que en el contexto mexicano son las mujeres las que principalmente se dedican a esta actividad laboral—.⁷¹ La Segunda Sala consideró que es inconstitucional que los patrones no estén obligados a inscribir a las empleadas domésticas ante el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS). Ello, ya que no existía ninguna razón constitucionalmente válida ni razonable por la cual la Ley del IMSS pueda excluir a las trabajadoras domésticas del llamado “régimen obligatorio” de seguridad social, lo cual significa que existe una discriminación legal contra esas trabajadoras.⁷²

Al respecto, en la sentencia se estimó que con excluir el trabajo doméstico del régimen obligatorio del IMSS se afectaba de manera desproporcionada a la mujer, pues estadísticamente la labor del hogar es realizada preponderantemente por mujeres —9 de cada 10 personas empleadas del hogar son mujeres, según el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi)—, grupo social de por sí vulnerable.⁷³ Por ello, al excluirse a las empleadas domésticas del régimen obligatorio del IMSS, se dejaba en un papel secundario a las mujeres que realizan labores del hogar, quienes resienten indebidamente un obstáculo al acceso real a prestaciones sociales que les permitan encontrarse protegidas contra circunstancias e imprevistos que afecten sus medios de subsistencia e ingresos, así como poder generar un proyecto de vida en condiciones dignas.⁷⁴

⁶⁹ *Ibidem*, p. 15.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 23.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 32-34. Véase SCJN, Segunda Sala, 2a. XXXI/2019 (10a.), “Trabajo del hogar. El artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social, contiene una forma de discriminación indirecta por cuestión de género”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 66, t. II, mayo de 2019, p. 1543, Registro 2019899.

⁷² SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo 9/2018, p. 34.

⁷³ *Ibidem*, pp. 23 y 38.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 36.

En cuanto a los efectos, la Corte consideró que, con base en el artículo 1o. constitucional, ante la existencia de normas discriminatorias que afectan la dignidad de un sector vulnerable, como lo son las trabajadoras del hogar, se encuentra obligada a *emitir directrices* que orienten a las autoridades estatales competentes respecto de la necesidad y el deber que tienen de cumplir, de manera efectiva, con la protección y goce del derecho humano a la seguridad social de las trabajadoras domésticas.⁷⁵ Ante ello, la Sala concluyó que en este caso se estaba ante una situación que “generaba un problema estructural” y que por ello era necesario “emprender las medidas necesarias para modificar, estructuralmente, las normas y políticas públicas que atañen a la seguridad social de ese sector altamente vulnerable”, a fin de que el Estado mexicano pueda cumplir “con los débitos relacionados con el pleno goce de tal derecho humano”.⁷⁶

Así, la referida Sala consideró que, atendiendo a la trascendencia sistémica y estructural del problema de discriminación detectado, así como a la obligación derivada del precepto 1o. de la Constitución Federal, era procedente poner en conocimiento del Instituto Mexicano del Seguro Social el problema de discriminación detectado respecto de la exclusión inconstitucional de las trabajadoras domésticas del régimen obligatorio del Seguro Social, así como dotar “de ciertas directrices” a ese Instituto, a efecto de que pueda atender la violación sistémica al derecho humano a la seguridad social que se genera ante la aludida discriminación normativa.⁷⁷

En ese sentido, en tanto que el único acto que puede ser reclamado es el laudo definitivo impugnado y, consecuentemente, solo tiene carácter de autoridad responsable la Junta que dictó esa sentencia, la autoridad administrativa debe apreciar objetivamente la violación del derecho humano a la seguridad social en igualdad de condiciones, así como las razones que lo sustentan y, con base en ello, valorar en su propia dimensión el problema jurídico advertido respecto de la indebida cobertura de seguridad social de las trabajadoras domésticas, determinando, acorde con sus capacidades técnicas, operativas y presupuestales, las medidas y políticas públicas concretas que se pueden o deben emprender para solventar, en plazo prudente, la discriminación de la cual son víctimas las trabajadoras del hogar, respecto al goce de su derecho humano a la seguridad social. En la sentencia se consideró que el IMSS debería “implementar un programa piloto” cuyo fin último fuera “diseñar y ejecutar un régimen especial de seguridad social para las

⁷⁵ *Ibidem*, p. 46.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 47.

trabajadoras del hogar”. Para lo cual señaló un conjunto de lineamientos mínimos que se deberían observar.⁷⁸

En cuanto al cumplimiento, la Segunda Sala estimó que la finalidad de los lineamientos o directrices estriba en que, “en un plazo no mayor a 18 meses a partir de la implementación del referido programa piloto”, el Instituto Mexicano del Seguro Social se encuentre en aptitud de proponer al Congreso de la Unión las adecuaciones normativas necesarias para la incorporación formal del nuevo sistema especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar, en forma gradual y así, en ese tenor, en un plazo no mayor a tres años, se logre obtener la seguridad

⁷⁸ Se indicó que estas directrices deberían estar enfocadas en que “el régimen especial de seguridad social debe contar con condiciones no menos favorables que las establecidas para los demás trabajadores. Esto es, deben proporcionarse los seguros de: (I) riesgos de trabajo; (II) enfermedades; (III) maternidad; (IV) guarderías y prestaciones sociales (V) invalidez y vida; y (VI) retiro, cesantía en edad avanzada y vejez. El régimen social propuesto debe tomar en cuenta las particularidades del trabajo doméstico. Es decir, como lo ha determinado esta Corte Constitucional, las especificidades de la labor doméstica implican que tales trabajadoras sean consideradas como un ‘grupo de difícil cobertura’. De ahí que la política de cobertura de seguridad social, respecto a dicho grupo altamente vulnerable, no debe soslayar los diversos aspectos que convergen en la labor doméstica y que la diferencian de otros trabajos, como lo son, que el trabajo se realiza en un hogar privado, que ‘las trabajadoras laboran en algunos casos para más de un empleador’; que las relaciones laborales usualmente no están establecidas mediante un contrato de trabajo; que los empleadores por lo general no suelen conocer sus responsabilidades o cómo cumplir con la ley; que ‘el grupo posee una alta irregularidad en sus ingresos producto de los altos índices de desempleo o rotación laboral’; que existe una alta variabilidad en la cantidad de horas trabajadas; que el salario en especie es frecuente (alimentación, transporte, vivienda); que en algunos casos las trabajadoras tienen como domicilio su lugar de trabajo (‘de planta’) y que en algunos casos las trabajadoras se encuentran en situación migratoria irregular, entre otras razones. El régimen especial debe resultar de fácil implementación para los patrones en función de maximizar su aplicación en la práctica y evitar que se eluda su cumplimiento. El régimen de seguridad social especial no puede ser de carácter voluntario, sino obligatorio. Ello pues, como se ha expuesto en la presente ejecutoria, debe hacerse hincapié en la idea de que ‘la afiliación voluntaria limita por completo cualquier esfuerzo que realicen las instituciones para extender la seguridad social a este grupo’. El régimen especial debe ser viable para el propio Instituto, desde el punto de vista financiero. Ello implica que el Instituto deberá tomar en cuenta el principio de progresividad y el deber de cumplimentar con el derecho humano de las trabajadoras del hogar. Para ello, esta Segunda Sala considera que, entre otras cuestiones, deberá tomarse un salario base de cotización específico que atienda a la realidad social y al pago promedio que se realiza como contraprestación por la realización del trabajo del hogar. Asimismo, se deberá explorar la posibilidad de facilitar administrativamente el cumplimiento de las obligaciones que deriven de este régimen a los patrones, tomando en consideración que se trata en su mayoría de jefas de familia, principalmente ponderando que la incorporación al nuevo régimen especial se debe hacer eximiendo a los patrones de encontrarse inscritos ante el Servicio de Administración Tributaria, lo cual se estima viable en tanto que el Instituto Mexicano del Seguro Social, en su actuación fiscal, no depende de la referida autoridad, sino que cuenta con las facultades suficientes para fiscalizar, determinar, sancionar y ejecutar cualquier incumplimiento en la materia. Lo anterior, en el entendido de que el programa de transición debe operar sin perjuicio de que, durante el tiempo de implementación, se siga observando el régimen voluntario que actualmente impera”. *Ibidem*, pp. 48 a 51.

social, efectiva, robusta y suficiente de la totalidad de las empleadas domésticas.⁷⁹ Es decir, esta propuesta de ley debió estar a mediados del 2020.

2.5. Ausencia de información sobre asentamientos informales (derecho a la vivienda)

La decisión relativa al caso de ausencia de información sobre asentamientos informales fue adoptada el 7 de junio de 2020 por la Primera Sala de la SCJN (Amparo en Revisión 635/2019). En los hechos, la asociación civil Un Techo para Mi País México demandó al Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi), entre otras cosas, por: 1) la omisión consistente en no haber generado información acerca del número de asentamientos informales que existen en México y la población que en ellos habita; 2) la omisión de no haber realizado ningún censo de población en asentamientos informales en México, con el objetivo de producir estadística desagregada sobre las personas en asentamientos informales y el acceso a servicios básicos que conforman el núcleo esencial del derecho a la vivienda; 3) la discriminación institucional cometida de manera constante y sostenida en contra de la población que habita en asentamientos informales en México, al excluirla de los censos de población y de toda información estadística necesaria para producir indicadores de resultados para las políticas públicas estatales; y 4) la violación del derecho a la vivienda en contra de la población que habita en asentamientos informales México, consistente en incumplir su obligación de generar información estadística acerca de los servicios públicos a los que tienen acceso, con el objetivo de que puedan diseñarse e implementarse las políticas públicas que las autoridades competentes consideren necesarias para mejorar el ejercicio del derecho a la vivienda de la población en asentamientos informales.⁸⁰

En cuanto al fondo, la Primera Sala consideró que los censos de población y vivienda constituyen la fuente de información estadística más completa sobre la cual se apoya el conocimiento de la realidad nacional. Lo anterior debido a que permiten identificar el rezago social, así como “los *grupos vulnerables*, las necesidades de la población en materias de salud, educación, *vivienda*, servicios públicos, entre otras”, con la finalidad de elaborar planes y programas para mejorar las condiciones de vida de los habitantes en una determinada zona geográfica.⁸¹ La Primera Sala tomó nota de lo indicado por el Inegi en el sentido de que no le correspondía “la prevención, control y solución de los asentamientos humanos

⁷⁹ *Ibidem*, p. 51.

⁸⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 635/2019, p. 4.

⁸¹ *Ibidem*, párr. 118.

irregulares”, sino que dicha atribución le corresponde “a las entidades federativas y municipios”; no obstante, la Primera Sala también notó que el Inegi reconoció que no había “emitido la información estadística respecto a la clasificación de asentamientos humanos ‘informales’ que refiere la quejosa”, pero sí había “realizado censos, conteos o la medición de la pobreza que incluye a los asentamientos informales”.⁸²

La Sala, consciente de la situación de los asentamientos informales o irregulares, estimó pertinente indicar que “los barrios marginales son los asentamientos informales más necesitados y excluidos, y se caracterizan por la pobreza y las grandes aglomeraciones de viviendas en mal estado” y por “la inestabilidad del derecho de tenencia”, siendo que sus habitantes no disponen de infraestructura, servicios básicos, espacio público ni áreas verdes, “y están expuestos de manera constante al desalojo, las enfermedades y la violencia”.⁸³

Retomando la legislación nacional que determina el marco de actuación del Inegi, en la sentencia se constató que era facultad exclusiva de dicha institución “la emisión de información estadística”, por lo que se desprendía que era necesaria

... la emisión de la información estadística en la forma desagregada o segmentada solicitada por la quejosa, relativa a los *asentamientos irregulares o informales*. Lo anterior, para que, con base en la misma, sea posible que las evaluaciones de resultados de los estudios de medición de la pobreza doten de los elementos necesarios para abatir esas condiciones de pobreza mediante la declaración de las *zonas de atención prioritarias* materia de la asignación presupuestaria respectiva y, por ende, a partir de ello, se elaboren planes y programas que tiendan a mejorar las condiciones de vida de los habitantes de tales asentamientos.⁸⁴

En cuanto a los efectos, la Primera Sala expresó que el Inegi deberá: 1) generar, obtener, analizar y difundir información estadística de vivienda, en lo relativo a los asentamientos humanos informales, en lo concerniente a la *detentación legal de la vivienda* y su *ubicación en zonas geográfica y ambientalmente peligrosas*, tomando como referencia, entre otros, lo descrito en la Declaración de Pretoria de la reunión temática de Hábitat III⁸⁵ *sobre asentamientos informales*; 2) conforme

⁸² *Ibidem*, párrs. 108 y 109.

⁸³ *Ibidem*, párrs. 126 y 127.

⁸⁴ *Ibidem*, párrs. 130 y 131.

⁸⁵ “125. En la sentencia se indicó: “En ese sentido, derivado del derecho a una vivienda digna, cobra relevancia lo relativo a los *asentamientos humanos informales* (cuya falta de información estadística se duele la quejosa) que ha sido definidos por la Organización de Naciones Unidas encargada de asuntos de vivienda (en la *Declaración de Pretoria de la reunión temática de Hábitat III, sobre asentamientos informales*, que se celebró el siete y ocho de abril de dos mil dieciséis), como áreas residenciales en las cuales: i. Los habitantes no ostentan derecho de tenencia sobre

a su ámbito de atribuciones, captar, procesar y publicar la información estadística requerida y permitir su comparabilidad, y 3), de no contar con la aludida información estadística sobre asentamientos humanos informales descrita en el punto 1, recabar la necesaria en el censo nacional de población y vivienda más próximo.⁸⁶

Cabe destacar que la Primera Sala recurrió a la distinción que hace la Observación General No. 3 del Comité DESC sobre obligaciones de carácter inmediato y obligaciones de carácter progresivo. Igualmente, se apoyó en la Observación General No. 4 del mismo Comité sobre derecho a la vivienda.

III. LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE DESCA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

La jurisprudencia nacional puede ser enriquecida y robustecerse con la jurisprudencia de la Corte IDH sobre Desca, lo cual resulta particularmente importante, por el control de convencionalidad que deben realizar todos los juzgadores mexicanos,⁸⁷ especialmente a partir del año 2017,⁸⁸ desde que la Corte IDH ha protegido de manera directa (mediante el artículo 26 de la Convención Americana) el derecho al trabajo y las condiciones para su ejercicio,⁸⁹ y los derechos a

las tierras o viviendas en las que habitan, bajo las modalidades que van desde la ocupación ilegal de una vivienda hasta el alquiler informal; ii. Los barrios suelen carecer de servicios básicos e infraestructura urbana y iii. Las viviendas podrían no cumplir con las regulaciones edilicias y de planificación y suelen estar ubicadas geográfica y ambientalmente en áreas peligrosas". *Idem*.
⁸⁶ *Ibidem*, párr. 138. Véase la Tesis 1a.V/2021 (10a.), "Derecho a una vivienda digna. Su debida observancia implica la obligación del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi) de emitir información estadística en forma desagregada o segmentada, relativa a los asentamientos humanos irregulares o informales", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 84, t. II, marzo de 2021, p. 1221, Registro 2022777.

⁸⁷ Véase la Tesis P/J. 21/2014 (10a.), "Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 204, Registro 2006225.

⁸⁸ En general, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, CNDH-UNAM/IIJ, 2017.

⁸⁹ Véanse los casos: *Lagos del Campo vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C, No. 340; *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2017, Serie C, No. 344; *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de febrero de 2018, Serie C, No. 348; *Spoltore vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 9 de junio de 2020, Serie C, No. 404; *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de julio de 2020, Serie C, No. 407; y *Casa Nina vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2020, Serie C, No. 419.

la salud,⁹⁰ a la seguridad social,⁹¹ al agua, a la alimentación tradicional, el medio ambiente y la participación en la vida cultural.⁹² Además, el tribunal interamericano ha protegido el derecho a la educación a la luz del Protocolo de San Salvador.⁹³ En la vía consultiva, ha reconocido las obligaciones específicas que tienen los Estados en materia ambiental⁹⁴ y, pendiente de publicarse, se encuentra la opinión consultiva sobre las garantías a la libertad sindical, su relación con otros derechos y aplicación desde una perspectiva de género presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).⁹⁵ Y, finalmente, en el marco de las medidas provisionales, ha resaltado la importancia del derecho a la salud y su protección en el contexto de la pandemia de covid-19.⁹⁶

Al igual que todos los derechos que se encuentran contemplados en los artículos 3 a 25 de la Convención Americana, el tribunal interamericano ha indicado que, en el caso de los Desca, también le son aplicables, en primer lugar, las obligaciones generales de respeto y garantía contenidas en el artículo 1o., así como la obligación de adecuación del derecho interno estipulada en el artículo 2o. del Pacto de San José. De igual modo, también deberían contemplar la prohibición de no discriminación contenida en el artículo 1.1.

Asimismo, ha expresado que, adicionalmente, se pueden identificar tres tipos de obligaciones como expresión de la especificidad de los Desca: a) las obligaciones de exigibilidad inmediata, b) la obligación de progresividad y c)

⁹⁰ Véanse los casos: Poblete Vilches y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C, No. 349; Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de agosto de 2018, Serie C, No. 359, y Hernández vs. Argentina, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de noviembre de 2019, Serie C, No. 395.

⁹¹ Véanse los casos: Muelle Flores vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de marzo de 2019, Serie C, No. 375, y Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Ancejub-Sunat) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2019, Serie C, No. 394.

⁹² Véase, caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de febrero de 2020, Serie C, No. 400.

⁹³ Véanse los casos: Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C, No. 298; y Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de junio de 2020, Serie C, No. 405.

⁹⁴ Véase la Opinión Consultiva OC-23/17, "Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", de 15 de noviembre de 2017, Serie A, No. 23.

⁹⁵ Véase el comunicado Corte IDH_CP-30/2021 Español, "Corte Interamericana de Derechos Humanos celebró el 141 período ordinario de sesiones".

⁹⁶ Véase el caso Vélez Loor vs. Panamá, Medidas Provisionales, Adopción de Medidas Provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020.

la prohibición de regresividad.⁹⁷ En el caso de la primera, el contenido de estas obligaciones estaría relacionado con aquellas que, *per se*, no requieren recursos económicos, como la prohibición de discriminación.⁹⁸ En cuanto a la *obligación de progresividad*, la Corte IDH la ha entendido como el avance gradual de un derecho –teniendo en cuenta los recursos disponibles– para alcanzar la plena efectividad del derecho, por lo que, al ser una obligación que implica “un hacer”, estaría contemplada como una proyección de la obligación general de garantía. Finalmente, se encuentra la *obligación de regresividad*, la cual consiste en que el Estado se debe de abstener de realizar acciones que puedan menoscabar el nivel del disfrute ya alcanzado de un derecho, por lo que, al implicar una obligación de “no hacer”, la regresividad estaría ubicada como una proyección de la obligación de respeto.⁹⁹

Las sentencias en materia de Desca, cuando incluyen un apartado de medidas de no repetición, en realidad lo que buscan es que hechos similares no se repitan. Para ello creo que es importante destacar cuatro casos en donde la Corte IDH incorporó garantías de no repetición de naturaleza transformadora. Por otro lado, las garantías de restitución también juegan un papel crucial al momento de materializar la reparación frente a una vulneración de derechos sociales.¹⁰⁰

En primer lugar, se destaca el caso “Poblete Vilches y otros” en donde se incluyeron como garantías de no repetición las siguientes: 1) implementar programas permanentes de educación en derechos humanos dirigidos a los estudiantes de medicina y profesionales médicos, así como a todo el personal que conforma el sistema de salud y seguridad social, incluyendo órganos de mediación, sobre el adecuado trato a las personas mayores en materia de salud desde la perspectiva de los derechos humanos e impactos diferenciados en donde se haga referencia al derecho a la salud, al acceso a la información y a la Sentencia; 2) informar al tribunal

⁹⁷ Estas obligaciones, a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH e invocando el artículo 26 de la Convención Americana, han sido consideradas recientemente por la Primera Sala de la SCJN, en los Amparos en Revisión 226/2020 y 227/2020, de 11 de noviembre de 2020.

⁹⁸ En este entendido, por ejemplo, lo referido por la Corte IDH es en gran medida un reflejo de lo estipulado en la Observación General No. 3 del Comité DESC, que ha sido reiterado en diferentes observaciones generales posteriores.

⁹⁹ Si bien la Corte IDH concibió desde el caso “Acevedo Buendía y otros” la noción de progresividad y la prohibición de regresividad –en gran medida inspirada por la Observación General del Comité DESC–, no fue hasta el caso “Cuscul Pivaral y otros” que desarrolló el contenido de aplicación en lo referente a la situación en concreto. En particular pueden verse los párrafos 147 y 148.

¹⁰⁰ Sin embargo, en algunos casos, materialmente la Corte IDH se ha visto impedida de poder restituir derechos que por su naturaleza podrían haberlo sido. Por ejemplo, en algunos casos respecto del derecho al trabajo, la Corte IDH ha indicado que no es posible restituir el derecho, ya sea por el transcurso del tiempo, porque el puesto no existe en el esquema laboral nacional o por reestructuración de la función pública.

sobre los avances que ha implementado el hospital Sotero del Río; 3) diseñar una publicación o cartilla que desarrolle los derechos de las personas mayores en materia de salud; y 4) adoptar las medidas necesarias, a fin de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores.¹⁰¹

En segundo lugar, en el caso “Ancejub-Sunat”, la Corte IDH estimó que, dado que advertía que otros miembros podrían encontrarse en situaciones similares a las analizadas en el caso, dada la posible falta de ejecución de sentencias judiciales en cuanto a la nivelación de sus pensiones, estimó conveniente ordenar la creación de un registro que identifique: a) otros integrantes de la Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados-Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Ancejub-Sunat) que no figuraban como víctimas en el caso, y b) otras personas que, no siendo miembros de dicha asociación, sean cesantes o jubilados de Sunat, que enfrentan condiciones similares a las de las víctimas del caso.¹⁰²

En tercer lugar, en el caso “Cuscul Pivaral y otros”, la Corte IDH ordenó el diseño de un mecanismo a cargo del Estado para garantizar la accesibilidad, disponibilidad y calidad de las prestaciones en salud para las personas que viven con el VIH. Especificó que el diseño de este mecanismo deberá convocar la participación de la comunidad médica y de otros sectores.¹⁰³ Se trata de una medida que busca impulsar a las instituciones estatales para que, de forma deliberativa o dialógica, internamente y con otros sectores involucrados en la atención médica, se diseñen estrategias y acciones de atención. En este sentido, esta medida busca crear medios efectivos para que los Desca se materialicen en la realidad, de modo que no solo queden plasmados en las decisiones judiciales y, además, sean un medio por el cual los principales interesados puedan ser parte en la toma de decisiones que les afectarán.

Por último, debe también destacarse el reciente caso “Empleados de la Fábrica de Fuegos” en el que se ordenó adoptar una *política sistemática de inspecciones periódicas en los locales de producción de fuegos artificiales*, dirigidas a verificar las condiciones de seguridad y salubridad del trabajo, así como fiscalizar el cumplimiento de las normas relativas al almacenamiento de los fuegos artificiales. Los inspectores deben tener conocimiento en materia de salud y seguridad, y el Estado “podrá acudir a organizaciones como la OIT [Organización Internacional del Trabajo] y Unicef [Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia], a fin de que brinden asesoramiento o asistencia que pudiere resultar de utilidad en el

¹⁰¹ Cfr. caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C, No. 349, párrs. 232 y ss.

¹⁰² Cfr. caso “Ancejub-Sunat”, párrs. 225-227.

¹⁰³ Cfr. caso “Cuscul Pivaral y otros”, párr. 226.

cumplimiento de la medida ordenada”. También se ordenó, como medida de no repetición, que se diseñe y ejecute un programa socioeconómico para la población de Santo Antônio de Jesus, para hacer frente a la falta de alternativas de trabajo, especialmente para menores de 16 años y mujeres afrodescendientes que viven en condición de pobreza.¹⁰⁴

En cuanto a las medidas de restitución, un ejemplo importante es el caso “Lhaka Honhat”, en el que se ordenó como medida de reparación la identificación de situaciones críticas de falta de acceso al agua o a la alimentación y que el Estado formule un plan de acción con las medidas a realizarse para mitigar tales situaciones. Cabe especificar que en la sentencia se dispuso una serie de objetivos concretos que dicho plan debe abarcar. Además, es de destacar que se ordena la creación de un *fondo de desarrollo comunitario*, y si bien no es el primer caso donde se ordena este tipo de medidas, sí resultó novedoso, al indicar que tiene como objetivo reparar “la identidad indígena”. Para ello, la Corte IDH ordenó que el fondo sea destinado a acciones tendentes a la recuperación de la cultura indígena, incluyendo entre sus objetivos el desarrollo de programas relativos a la seguridad alimentaria y documentación, enseñanza o difusión de la historia de las tradiciones de las comunidades indígenas.¹⁰⁵

IV. LA JURISDICCIÓN MEXICANA Y ALGUNOS DESAFÍOS FRENTE A LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL

Las reformas de derechos humanos y de amparo de 2011 han potenciado la protección de los derechos sociales. Como se ha querido ejemplificar con los amparos de la SCJN antes expuestos, estas reformas han provocado nuevos acercamientos e interpretaciones que, según estimo, deben consolidarse en el futuro. Implican romper con ciertos esquemas tradicionales, como los efectos particulares de las sentencias para que trasciendan a los casos concretos, flexibilizando los principios

¹⁰⁴ En la sentencia se refiere que dicho programa debe incluir “la creación de cursos de capacitación profesional y/o técnicos que permitan la inserción de trabajadoras y trabajadores en otros mercados laborales, como el comercio, el agropecuario, la informática, entre otras actividades económicas relevantes en la región; medidas orientadas a enfrentar la deserción escolar causada por el ingreso de menores de edad al mercado laboral, y campañas de sensibilización en materia de derechos laborales y riesgos inherentes a la fabricación de fuegos artificiales”. Asimismo, dicho programa “debe tener en consideración las principales actividades económicas de la región, la eventual necesidad de incentivar otras actividades económicas, la necesidad de garantizar una adecuada formación de los trabajadores para el desempeño de ciertas actividades profesionales y la obligación de erradicar el trabajo infantil de acuerdo los estándares del derecho internacional”.

¹⁰⁵ Cfr. caso “Lhaka Honhat”, párrs. 331-336 y 337-342.

tradicionales del juicio de amparo, lo cual resulta esencial en materia de derechos sociales.

La problemática hoy no se centra en la justiciabilidad de los derechos sociales.¹⁰⁶ Esta discusión está siendo progresivamente superada por las altas cortes nacionales, como claramente se advierte en la jurisprudencia de la SCJN. Los problemas subyacen, a mi juicio, en otros aspectos o rubros en los que el derecho internacional ya ha tenido la oportunidad de adelantarse y pronunciarse.¹⁰⁷ En este sentido, considero que al menos tres son los desafíos en materia de derechos sociales que se presentan en el escenario mexicano, a saber: a) la excepcionalidad de las medidas que benefician a otras personas, más allá de la parte quejosa; b) la formulación de las órdenes dadas, en casos en los que dictan medidas de beneficio colectivo; y c) el cumplimiento de las decisiones en derechos sociales.

En cuanto al primer punto, en el ámbito constitucional mexicano, los asuntos que dan paso a medidas que benefician más allá de la parte quejosa tienen carácter excepcional. Como hemos visto, la regla es que sigue primando la concepción clásica de la relatividad de las sentencias de amparo. Sin embargo, los cinco amparos de la SCJN analizados abren la puerta para ir concretando esta posibilidad, al adoptarse medidas que benefician a una mayor cantidad de personas, lo que tiene como consecuencia que no tengan que recurrir a la vía judicial para solicitar la protección del mismo derecho y por hechos similares. Lo anterior es particularmente importante en materia de derechos sociales, como ha quedado analizado.

En cuanto al segundo punto, estimo que puede acudir a la experiencia de la Corte IDH. Si bien ha indicado este tribunal que, frente a garantías de ejecución compleja, se impone establecer “un plazo razonable” para su cumplimiento, y también se indican una serie de lineamientos de seguimiento (por ejemplo, plazos, cronogramas y tipo de información que se requiere para evaluar el cumplimiento, indicadores, etc.), que tienen como finalidad orientar la medida de reparación. Lo cual debería permitir que la información sea difundida y analizada por diversos sectores de la población. Inclusive, el tratamiento de seguimiento debería ser diferenciado de otros asuntos que no contemplen medidas generales y que benefician a un sector amplio de personas.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Pareciera claro que “los distintos argumentos que se han sostenido para señalar que no son derechos y consecuentemente no pueden ser justiciables están superados con el nuevo artículo 1o. constitucional”, Silva Meza, Juan, “Presentación”, en Cervantes, Emanuelli, Gómez y Terán, *op. cit.*, p. X.

¹⁰⁷ Véase Langdor, Malcolm, Rodríguez Garavito, César y Rossi, Julieta, *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Bogotá, DeJusticia, 2017.

¹⁰⁸ Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia tiene salas de seguimiento en las cuales periódicamente dicta “autos de seguimiento” sobre sentencias que han contemplado medidas

Lo anterior está intrínsecamente ligado al último aspecto: el cumplimiento de las medidas adoptadas. En el año 2018, el Comité DESC indicó en sus Observaciones finales sobre México, en la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) y como motivo de preocupación, que “si bien el Comité toma nota que los derechos contenidos en el Pacto pueden ser invocados ante los tribunales y aplicados en decisiones judiciales, [...] *le preocupa la falta de cumplimiento efectivo de las sentencias emitidas en juicio de amparo* en las que se ha encontrado violaciones a derechos económicos, sociales y culturales”.¹⁰⁹ Por ello sería conveniente dar un seguimiento puntual al cumplimiento de estos amparos.

Al respecto, la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH han sido enfáticos en que el acceso a la justicia no termina cuando las autoridades competentes emiten una decisión o sentencia, sino que requiere, además, que se garanticen los medios y mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones definitivas, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados.¹¹⁰ Asimismo, ha establecido que la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en la resolución judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento.¹¹¹ La ejecución de las sentencias debe ser completa, perfecta, integral y sin demora.¹¹²

Las tres cuestiones antes descritas constituyen desafíos importantes y pueden tener algún mecanismo de solución en la experiencia interamericana y comparada. No solo en lo que atañe al fondo —cuestión que suele ser más visible para las juezas y jueces, especialmente por la figura del control de convencionalidad—, sino también en la forma en la que se elaboran, desarrollan, configuran y supervisan las medidas de reparación que se dictan en los casos de protección de los derechos sociales, en especial aquellas que tienen una naturaleza de beneficio general.

generales de violaciones de derechos sociales. Las referidas Sentencias son: T-025/04 (sobre desplazamiento forzado interno) y T-760/08 (sobre problemas institucionales del sector salud).
¹⁰⁹ Comité DESC, Observaciones finales sobre a los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, E/C.12/MEX/CO/5-6, 17 de abril de 2018, párr. 5.

¹¹⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-9/87, “Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, de 6 de octubre de 1987, Serie A, No. 9, párr. 24, y caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de agosto de 2018, Serie C, No. 359, párr. 169.

¹¹¹ Cfr. casos: Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Competencia, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Serie C, No. 104, párr. 73, y Colindres Schonenberg vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de febrero de 2019, Serie C, No. 373, párr. 101.

¹¹² Cfr. casos: Mejía Idrovo vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2011, Serie C, No. 228, párr. 105, y Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de octubre de 2015, Serie C, No. 304, párr. 244.

Tal y como lo ha advertido la SCJN, se requiere asimilar y comprender que “nuestro juicio de amparo se transformó” a partir de las reformas constitucionales de 2011.¹¹³ Ello implica “la necesidad de reinterpretar” los principios y normas que rigen a nuestra máxima institución procesal, como verdadera garantía, por antonomasia, en la protección de *todos* los derechos fundamentales, especialmente relevante para la tutela de los derechos sociales en los tiempos de la pospandemia que se avecinan. Como lo sostiene la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), la pandemia ha evidenciado y exacerbado las grandes brechas estructurales, y los costos de la desigualdad se han vuelto insostenibles.¹¹⁴ De ahí la importancia de la efectividad del juicio amparo para la dignidad humana de los más vulnerables y de coadyuvar en la anhelada justicia social.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA, Juan Manuel, “El caso Mini Numa. Nuevos rumbos para la protección de los derechos sociales a través del juicio de amparo en México”, en GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, t. 1, México, UNAM, 2011, pp. 31-50.
- ASTUDILLO, César, *El bloque y parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch, UNAM, 2014.
- CERVANTES ALCAYDE, Magdalena, *Las estrategias sociales en la exigibilidad de los derechos sociales: el caso Mini Numa*, tesis de maestría, México, Flacso, 2010.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), *Panorama Social de América Latina, 2020*, Santiago de Chile, marzo de 2021.
- COMITÉ DESC, “Observaciones finales sobre a los informes periódicos quinto y sexto combinados de México”, E/C.12/MEX/CO/5-6, 17 de abril de 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), “Corte Interamericana de Derechos Humanos celebró el 141 período ordinario de sesiones”,

¹¹³ Véanse, entre otros, SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1359/2015, 15 de noviembre de 2017, y Amparo en Revisión 307/2016, 14 de noviembre de 2018.

¹¹⁴ Véase Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), *Panorama Social de América Latina, 2020*, Santiago de Chile, marzo de 2021. En este informe se advierten los impactos sociales de la pandemia, especialmente en lo relativo a la pobreza y la desigualdad. Los países de América Latina y el Caribe, señala la Cepal, “enfrentan desafíos en diversos frentes para controlar la pandemia. La propagación del covid-19 y sus efectos económicos y sociales se ven agravados por los problemas estructurales de la región: principalmente, los elevados niveles de desigualdad, informalidad laboral, desprotección social, pobreza y vulnerabilidad. Asimismo, la región se caracteriza por poseer sistemas de salud y protección social débiles y fragmentados y asentamientos urbanos marginados en expansión carentes de acceso a servicios básicos. También presenta grandes flujos migratorios y desplazamientos de población, así como conflictos de diversa índole, y sufre de manera desproporcionada las consecuencias de la crisis climática”.

- Comunicado Corte IDH_CP-30/2021. https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_30_2021.pdf
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MEJÍA GARZA, Raúl Manuel (coords.), *La nueva ley de amparo*, México, Porrúa, 2015.
- COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en COURTIS, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Cedal-CELS, 2006, pp. 3-52.
- CRUZ PARCERO, Juan, “Historia y porvenir de los derechos sociales en México”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, SCJN, núm. 5, julio-diciembre de 2017.
- EMANUELLI, María Silva, “La justiciabilidad de los DESC en México: retos y avances”, en CERVANTES ALCAYDE, Magdalena, EMANUELLI, María Silvia, GÓMEZ TREJO, Omar y TERÁN, Areli Sandoval (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN, 2014, pp. 107-125.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*, 11 ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2021 [2011].
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, 2 ed., México, Porrúa, 2003.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, CNDH, IJ-UNAM, 2017.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Influencia extranjera y trascendencia internacional*, México, Senado de la República, IJ-UNAM, 2017.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa, 2011.
- GONZÁLEZ PIÑA, Alejandro, “Los derechos sociales y su exigibilidad. Algunos problemas para su protección a través del amparo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, SCJN, núm. 5, julio-diciembre de 2017, pp. 455-491.
- GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo y RIVERA MALDONADO, Aline, “El caso Mininuma: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en México”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, 59, núm. 251, enero-junio de 2009, pp. 89-122.
- LANGDOR, Malcolm, RODRÍGUEZ GARAVITO, César y ROSSI, Julieta, *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Bogotá, DeJusticia, 2017.
- MANILI, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

- MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del *ius constitutionale commune*”, México, IIJ-UNAM, 2015.
- PAZ GONZÁLEZ, Isaac y MACÍAS SANDOVAL, María del Refugio, “La justiciabilidad de los derechos sociales. Altibajos de su interpretación constitucional en México”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 29, julio-diciembre de 2019, pp. 25-62.
- SALAZAR UGARTE, Pedro y CARBONELL, Miguel (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM, 2011.
- SILVA MEZA, Juan, “Presentación”, en CERVANTES ALCAYDE, Magdalena, EMANUELLI, María Silvia, GÓMEZ TREJO, Omar y TERÁN, Areli SANDOVAL (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN, 2014.

Jurisprudencia

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-025/04.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-760/08.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), Caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, Competencia, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Serie C, No. 104, párr. 73.
- CORTE IDH, Caso Mejía Idrovo *vs.* Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2011, Serie C, No. 228, párr. 105.
- CORTE IDH, Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros *vs.* Honduras, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de octubre de 2015, Serie C, No. 304.
- CORTE IDH, Caso Gonzales Lluy y otros *vs.* Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C, No. 298.
- CORTE IDH, Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C, No. 340.
- CORTE IDH, Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros *vs.* Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2017, Serie C, No. 344.
- CORTE IDH, Caso Cuscul Pivaral y otros *vs.* Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de agosto de 2018, Serie C, No. 359.
- CORTE IDH, Caso Cuscul Pivaral y otros *vs.* Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de agosto de 2018, Serie C, No. 359.
- CORTE IDH, Caso Poblete Vilches y otros *vs.* Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C, No. 349.
- CORTE IDH, Caso San Miguel Sosa y otras *vs.* Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de febrero de 2018, Serie C, No. 348.

- CORTE IDH, Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ancejub-sunat) *vs.* Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2019, Serie C, No. 394.
- CORTE IDH, Caso Colindres Schonenberg *vs.* El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de febrero de 2019, Serie C, No. 373
- CORTE IDH, Caso Muelle Flores *vs.* Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de marzo de 2019, Serie C, No. 375.
- CORTE IDH, Caso Hernández *vs.* Argentina, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de noviembre de 2019, Serie C, No. 395.
- CORTE IDH, Caso Casa Nina *vs.* Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2020, Serie C, No. 419
- CORTE IDH, Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) *vs.* Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de febrero de 2020, Serie C, No. 400.
- CORTE IDH, Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus *vs.* Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de julio de 2020, Serie C, No. 407.
- CORTE IDH, Caso Guzmán Albarracín y otras *vs.* Ecuador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de junio de 2020, Serie C, No. 405.
- CORTE IDH, Caso Spoltore *vs.* Argentina, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 9 de junio de 2020, Serie C, No. 404.
- CORTE IDH, Caso Vélez Loor *vs.* Panamá, Medidas Provisionales, Adopción de Medidas Provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020.
- CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, “Medio ambiente y derechos humanos”, 15 de noviembre de 2017, Serie A, No. 23.
- CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, “Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 6 de octubre de 1987, Serie A, No. 9.
- JUZGADO SÉPTIMO DE DISTRITO, Estado de Guerrero, Juicio de Amparo 1157/2007-II, caso “Mini Nuna. El derecho a la salud”, 11 de julio de 2008.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), Pleno, Tesis P/J. 21/2014 (10a.), “Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 204, Registro 2006225.
- SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 631/2012.
- SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 378/2014.
- SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1356/2015.

- SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1359/2015.
SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1374/2015.
SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 566/2015.
SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 750/2015.
SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 100/2016.
SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 306/2016.
SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 307/2016.
SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1049/2017.
SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 635/2019.
SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 226/2020.
SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 227/2020.
SCJN, Primera Sala, Tesis 1a. CCXC/2018 (10a.), “Interés legítimo para promover un juicio de amparo en materia ambiental. Obligación de los juzgadores en su análisis”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 335, Registro 2018694.
SCJN, Primera Sala, Tesis 1a. CCXC/2018 (10a.), “Interés legítimo para promover un juicio de amparo en materia ambiental. Obligación de los juzgadores en su análisis”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 309, Registro 2018694.
SCJN, Primera Sala, Tesis 1a. CCXCIV/2018 (10a.), “Relatividad de las sentencias en el juicio de amparo en materia ambiental”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 390, Registro 2018800.
SCJN, Primera Sala, Tesis 1a. V/2021 (10a.), “Derecho a una vivienda digna. Su debida observancia implica la obligación del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi) de emitir información estadística en forma desagregada o segmentada, relativa a los asentamientos humanos irregulares o informales”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 84, t. II, marzo de 2021, p. 1221, Registro 2022777.
SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo 31/2018.
SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo 9/2018.
SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 1219/2015.
SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 251/2016.
SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 242/2018.
SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 610/2019.
SCJN, Segunda Sala, Tesis 2a. CIX/2014 (10a.), “Derechos económicos, sociales y culturales. Cuando el Estado aduce que existe una carencia presupuestaria para su realización, debe acreditarlo”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 12, t. 1, noviembre de 2014, p. 1190, Registro 2007936.
SCJN, Segunda Sala, Tesis 2a. CVIII/2014 (10a.), “Salud. Derecho al nivel más alto posible. Éste puede comprender obligaciones inmediatas, como de cumplimiento

progresivo”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 12, t. 1, noviembre de 2014, p. 1190, Registro 2007938.

SCJN, Segunda Sala, Tesis 2a. LXXXIV/2018, “Sentencias de amparo. El principio de relatividad admite modulaciones cuando se acude al juicio con un interés legítimo de naturaleza colectiva”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 61, t. I, septiembre de 2018, p. 1217, Registro 2017955.

SCJN, Segunda Sala, Tesis 2a. XXXI/2019 (10a.), “Trabajo del hogar. El artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social, contiene una forma de discriminación indirecta por cuestión de género”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 66, t. II, mayo de 2019, p. 1543, Registro 2019899.

SCJN, Segunda Sala, Tesis 2a. XXXI/2019 (10a.), “Trabajo del hogar. El artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social, contiene una forma de discriminación indirecta por cuestión de género”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 66, t. II, mayo de 2019, p. 1543, Registro 2019899.

LA EFECTIVIDAD DEL JUICIO DE AMPARO. UN PUNTO DE ENCUENTRO DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE JUNIO DE 2011

María Elisa Franco Martín del Campo*

RESUMEN

Este texto analiza la efectividad del amparo como garantía de los derechos humanos en México a partir de una lectura conjunta de las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo de junio del 2011. Como base de la investigación, se utilizan los contenidos del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y un estudio empírico sobre la efectividad del amparo en Juzgados de Distrito y Tribunales de Circuito entre los años 2014 y 2016. Esta mirada cruzada a los indicadores locales de efectividad, a la luz de los estándares interamericanos, demuestra, por un lado, que el juicio de amparo es una garantía para la vigencia de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente desde junio del 2011 y, por otro, que existe un vínculo profundo y recíproco entre esta figura jurídica y las reformas constitucionales en materia de derechos humanos.

I. INTRODUCCIÓN

El décimo aniversario de las reformas constitucionales en materia de amparo y de derechos humanos representa un escenario propicio para reflexionar sobre el juicio de amparo como garantía de los derechos humanos, a mi juicio la más importante en el sistema jurídico mexicano, por lo que las reformas representan para que el juicio de amparo como mecanismo efectivo al que cualquier persona pueda acudir frente a la violación de uno o varios de sus derechos humanos. Un

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. elisafmc@unam.mx

análisis de esta naturaleza implica preguntarnos por la relación que tienen las dos reformas constitucionales de 2011, cómo impacta la reforma constitucional de derechos humanos al juicio de amparo en México y qué representa el juicio de amparo para el efectivo goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Constitución a partir de junio de 2011, preguntas que me permiten ordenar el desarrollo de mi reflexión.

Para ofrecer algunas ideas y argumentos frente a estos interrogantes tomo como elemento articulador el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)¹ y, por supuesto, el desarrollo jurisprudencial que sobre este tema ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).² De esta manera, el análisis sobre la efectividad del amparo para garantizar derechos humanos en los términos del artículo 25 de la CADH permite demostrar el profundo y recíproco vínculo que existe entre las reformas constitucionales en materia de derechos de humanos y de amparo. El examen de esta efectividad lo realizaré a partir de los resultados de un estudio empírico que realicé en mi investigación de doctorado sobre la efectividad del amparo en Juzgados de Distrito y en Tribunales de Circuito.³ En suma, lo que las y los lectores encontrarán en este artículo es un análisis de la efectividad del amparo en México como garantía de los derechos humanos a partir de una lectura conjunta de las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo de junio de 2011, empezando con un apartado sobre el juicio de amparo antes de dichas reformas, todo con la metodología propuesta por nuestro inolvidable maestro Héctor Fix-Zamudio, quien señala que la perspectiva histórica es muy importante para analizar

1 "Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales./ 2. Los Estados Partes se comprometen:/ a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;/ b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y/ c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

2 En este sentido, la Corte IDH, en el contexto del análisis de la obligación que tienen los Estados en materia de control de convencionalidad, ha señalado que debe considerarse no solamente el contenido del tratado, sino la interpretación que sobre este ha realizado la Corte como intérprete última de la Convención Americana. *Cfr.* Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154, párr. 124.

3 Franco Martín del Campo, María Elisa, *La efectividad del amparo en México*, 2019, tesis de Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho UNAM, 2019.

el derecho de amparo,⁴ cuyo nacimiento y desarrollo se da en cuatro momentos clave en la historia de nuestro país: 1841, 1847, 1857 y 1917.

II. EL JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO ANTES DE JUNIO DE 2011

El amparo “nace” en la Constitución del estado de Yucatán del 31 de marzo de 1841, gracias a la propuesta del jurista yucateco Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, quien es conocido como uno de los “padres” de nuestra máxima institución procesal.⁵ En la exposición de motivos del Proyecto de Constitución de Yucatán encontramos la naturaleza del amparo como medio de control constitucional que busca salvaguardar los derechos de las personas propuesto por García Rejón:

Por eso os propone se revista á la Corte suprema de justicia de un poder suficiente, para oponerse á las providencias anti-constitucionales del Congreso, y á las ilegales del Poder ejecutivo, en las ofensas que hagan á los derechos políticos y civiles de los habitantes del Estado; y que los jueces se arreglen en sus fallos á lo prevenido en el código fundamental, prescindiendo de las leyes y decretos posteriores, que de cualquiera manera lo contraríen.⁶

Además, señaló que la decisión debía ser breve y sumaria. En esta extraordinaria propuesta del ilustre jurista yucateco⁷ es posible identificar importantes elementos que actualmente se mantienen en el derecho de amparo: medio de control constitucional, amparo contra leyes, amparo indirecto, amparo por casación y, el más importante para las reflexiones de este artículo: el amparo como medio de defensa frente a las violaciones a derechos humanos. Así tenemos que el amparo desde su nacimiento en 1841 tuvo como propósito constituirse en una garantía para que cualquier persona que sufriera violaciones de sus derechos humanos encontrara protección judicial.

De esta manera, a partir de la propuesta de Manuel Crescencio García Rejón, quedó consagrado el juicio de amparo en la Constitución del estado de Yucatán de 1841 en las siguientes modalidades:

⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, México, Porrúa, 2003, p. 6.

⁵ *Ibidem*, p. 6.

⁶ *Proyecto de Constitución presentado a la Legislación de Yucatán por su Comisión de Reformas para la Administración Interior del Estado*, Mérida de Yucatán, Imprenta de Lorenzo Seguí, 1841, pp. 14-16, citado en Soberanes Fernández, José Luis, “La Constitución yucateca de 1841 y su juicio de amparo”, *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, México, IJ-UNAM, 1998, p. 652.

⁷ Para profundizar sobre los aportes de Manuel Crescencio García Rejón al Derecho en México se sugiere consultar, *inter alia*, Fix-Zamudio, Héctor, “Algunos aspectos de la obra jurídica de Manuel Crescencio García Rejón”, *Edición conmemorativa. Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, 1991, pp. 488-501.

... a) amparo por violación de garantías individuales por autoridad no judicial, en cuyo caso conocería un juez de primera instancia; b) amparo por violación de garantías individuales por juez de primera instancia, para lo cual conocería su superior jerárquico; c) amparo contra actos del gobernador por violaciones a la Constitución –dejaba fuera los actos violatorios de ley secundaria– del que conocería la Corte Suprema de Justicia del estado, y sus resoluciones tendrían sólo efectos particulares, y d) amparo contra actos inconstitucionales del Legislativo, de los cuales igualmente conocería la Corte Suprema y con efectos particulares.⁸

Fix-Zamudio explica que el motivo por el que apareció en una entidad federativa fue por la lucha encarnizada entre liberales y conservadores que tenía lugar en esa época.⁹ Pocos años después, el 18 de mayo de 1847, el juicio de amparo es llevado al ámbito nacional por el distinguido jurista jalisciense Mariano Otero y Mestas. El Acta de Reformas de esa fecha, que estableció el juicio de amparo en el ámbito nacional, se inspiró en el voto particular de Mariano Otero, quien propuso que el Poder Judicial de la Federación protegiera a todas las personas en el goce de los derechos reconocidos en la Constitución frente a los atentados del Ejecutivo y el Legislativo. Además, señaló que en Norte América este poder salvador provenía de la Constitución con los mejores resultados.

El artículo 19 del voto particular de Mariano Otero y Mestas, que pasó sin cambios al Acta de Reformas con el número 25,¹⁰ estableció que “los Tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio de los derechos que se le conceden, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo limitados dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular, sin haber ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”. Aquí nace entonces el juicio de amparo a nivel nacional en México. De esta manera, y con razón, el jurista Mariano Otero¹¹ es también considerado como “padre” del juicio de amparo.

⁸ Soberanes Fernández, *op. cit.*, p. 654.

⁹ Fix-Zamudio, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo, cit.*, p. 11.

¹⁰ Como he señalado en otros espacios, me parece una feliz coincidencia que actualmente el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconozca el derecho a la protección judicial, al que importantes juristas denominan “el amparo interamericano”. García Ramírez, Sergio, “La protección de derechos y libertades en el sistema jurisdiccional interamericano. El amparo interamericano”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM, Porrúa, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 985-1033.

¹¹ Para profundizar sobre los aportes del jurista Mariano Otero y Mestas se sugiere consultar, *inter alia*, Barragán Barragán, José, *Mariano Otero*, México, Senado de la República, 1987; Pérez Dayán, Alberto et al., *Mariano Otero, visionario de la República. A 200 años de su nacimiento*, México, Universidad de Guadalajara, 2017.

Diez años después del Acta de Reformas, el juicio de amparo es consagrado el 5 de febrero en la Constitución Federal de 1857, en los artículos 101 y 102, algunos de cuyos lineamientos fundamentales han llegado hasta el presente, “por lo que debe considerarse como la etapa final en el nacimiento de la institución, y constituye el punto de partida de su desarrollo posterior”.¹² En el desarrollo posterior al que se refiere Fix-Zamudio encontramos la Ley Orgánica de Procedimientos de los Tribunales de la Federación de 1861,¹³ la Ley Orgánica Constitucional sobre el Recurso de Amparo de 1869, la Ley Orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1882, el Código de Procedimientos Federales de 1897 y el Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908.

Es posible señalar que en 1917 se “consolida” el juicio de amparo en los artículos 103 y 107 de la Constitución del 5 de febrero de 1917. El reconocimiento constitucional que en ese momento se da a nuestra máxima institución procesal le otorga una esfera de protección muy amplia. El juicio de amparo fue regulado en la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 104 de la Constitución Federal de 1919, y posteriormente en la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Federal de 1936, que se mantuvo vigente hasta el 2 de abril de 2013.

Según se desprende de los párrafos anteriores el juicio de amparo mexicano “fue el resultado de una lenta y dolorosa evolución”¹⁴ como garantía de los derechos constitucionalmente reconocidos, lo que es particularmente importante para el análisis planteado en este artículo.

Y si bien los años 1841, 1847, 1857 y 1917 son momentos paradigmáticos para el nacimiento, desarrollo y consolidación de nuestra máxima institución procesal, a ellos debe unirse el año 2011, por el profundo impacto que le representan las reformas constitucionales de derechos humanos y de amparo, al volver la mirada al origen para el que fue creado. Quizá una tradición excesivamente formalista y una preocupación exagerada por lo que se ha denominado “técnica de amparo” hicieron que se perdiera de vista o, por lo menos, que se considerara como secundario el origen y motivo de ser del juicio de amparo: servir como garantía de los derechos humanos de todas las personas en México.

¹² Fix-Zamudio, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, cit., p. 13.

¹³ Barragán Barragán, José, *Primera ley de amparo de 1861*, México, IJ-UNAM, 1987.

¹⁴ Fix-Zamudio, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, cit., p. 7.

III. EL JUICIO DE AMPARO COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

La reforma constitucional en materia de derechos humanos significó poner los derechos humanos y sus garantías en el “centro” de la Constitución y de todo el quehacer institucional. Es tal la importancia de esta reforma que diversos juristas afirman que a partir de ella nos encontramos frente a un nuevo paradigma constitucional,¹⁵ cuya riqueza en materia de derechos humanos, aunque enorme, no es objeto de este artículo;¹⁶ sin embargo, el contenido del artículo 1o. constitucional es clave para desarrollar elementos de análisis que permitan ver cómo impacta la reforma constitucional de derechos humanos al juicio de amparo en México y qué representa el juicio de amparo para el efectivo goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Constitución a partir de junio de 2011.

A partir del 11 de junio de 2011, la Constitución mexicana incorpora los derechos humanos de fuente internacional, el principio *pro persona* y la interpretación conforme; reconoce los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos; y establece la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Todos estos elementos impactan de manera importante en el juicio de amparo, ya que, como máxima institución procesal, debe dar respuesta a todas estas exigencias constitucionales.

El juicio de amparo debe ser una garantía efectiva de todos los derechos humanos constitucionalmente reconocidos, dentro de los cuales se encuentran los de fuente internacional, como claramente señala el artículo 1o. Además, las y los juzgadores de amparo se encuentran obligados a utilizar el principio *pro persona* y a realizar una interpretación conforme; así como la garantía de los derechos humanos en el ámbito de su competencia. Lo anterior exige una mirada distinta o, por lo menos, más amplia del juicio de amparo, a la que se tenía antes de la reforma constitucional.

En este contexto, no debe pasar inadvertido que la reforma constitucional en materia de amparo se publicó un par de días antes que la de derechos humanos. Esto representó un paso muy importante para esta nueva mirada del juicio de

¹⁵ Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011.

¹⁶ Para un análisis profundo y detallado de la reforma constitucional en materia de derechos humanos se sugiere consultar García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa, UNAM, 2012; y Salazar, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, 2014.

amparo¹⁷ que requiere la reforma en materia de derechos humanos, especialmente el artículo 1o. constitucional.

Acá es importante señalar que en la reforma en materia de amparo se amplió la procedencia del juicio de amparo en cuanto a normas generales y omisiones; se estableció que a través del amparo se puede conocer de violaciones a derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte (art. 103); se incorporó el interés legítimo individual o colectivo; y se estableció la declaratoria general de inconstitucionalidad y el amparo adhesivo (art. 107). Los cambios incorporados en la reforma de amparo exigieron una “nueva” Ley de Amparo, que fue publicada el 2 de abril de 2013, en el *Diario Oficial de la Federación*.¹⁸

Este nuevo paradigma en materia de amparo y derechos humanos se ve claramente reflejado en el contenido de la fracción primera del artículo 1o. de la Ley de Amparo:

El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:
I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Así, se encuentra que el juicio de amparo se encontraría en posibilidad de responder desde el diseño normativo a la nueva realidad constitucional en materia de derechos humanos. Sin embargo, su efectividad como garantía de derechos humanos se “juega” en gran medida en los juzgados y tribunales federales, así como en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En este sentido, el desarrollo normativo es un primer paso, muy relevante, por cierto, pero insuficiente para que la reforma constitucional en materia de derechos humanos tenga un impacto en la vida de las personas a través del amparo. El amparo no es la única garantía de los derechos humanos, pero sí una de gran importancia en el sistema jurídico mexicano, por lo que resulta válido proponer

¹⁷ A partir de las reformas constitucionales de junio de 2011 y de la publicación de la Ley de Amparo de 2013, algunas/os autores han utilizado la expresión “nuevo juicio de amparo”, expresión con la que no coincido, ya que considero que uno de los mayores aportes de las reformas constitucionales es la posibilidad de que el juicio de amparo en México regrese a su origen, es decir, el ser la garantía efectiva, rápida y sencilla de los derechos humanos. Sin lugar a duda se requiere una mirada muy distinta a la construida de 1936 a 2011, pero estimo que no nos encontramos frente a un “nuevo” amparo.

¹⁸ Para profundizar sobre este tema se sugiere consultar Cossío Díaz, José Ramón *et al.* (coords.), *La nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa, 2015.

un análisis del impacto de la reforma a la luz de la efectividad del amparo como su garantía.

El contenido del artículo 25 de la CADH y la jurisprudencia que sobre él ha desarrollado esta corte resultan de gran ayuda para los propósitos de este análisis, pues cotejar el juicio de amparo con los estándares internacionales en materia de protección judicial efectiva puede dar muchas luces para determinar si cumple o no como garantía de los derechos constitucionalmente reconocidos desde junio de 2011. Este análisis debe pasar por dos niveles. Uno dogmático, que en este artículo se refiere a los elementos de desarrollo normativo del juicio de amparo a propósito de las reformas constitucionales de junio de 2011,¹⁹ y otro empírico o sociológico, sobre lo que pasa con el juicio de amparo en la práctica.

En la investigación de base fueron construidos unos indicadores que permiten observar los estándares en protección judicial efectiva desarrollados por la Corte IDH y su aplicación en el juicio de amparo²⁰ en la práctica, a partir de los

¹⁹ Para reflexiones más detalladas y profundas sobre el diseño normativo del juicio de amparo después de las reformas constitucionales se sugiere consultar, *inter alia*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la Reforma Constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2014; Tafoya Hernández, José Guadalupe (coord.), *Elementos para el estudio del juicio de amparo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017; Cano López, Luis Miguel *et al.*, "Comentario a los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: la renovación del juicio de amparo", en Ferrer Mac-Gregor Eduardo *et al.* (comps.), *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, Konrad Adenauer Stiftung, 2013, pp. 1661-1688; Pou Giménez, Francisca, "El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector?", *Anuario de Derechos Humanos 2014*, Chile, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2014, pp. 91-103; Cossío Díaz, José Ramón *et al.* (coords.), *La nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa, 2015.

²⁰ Nota metodológica: fueron construidos 146,316 indicadores cuantitativos, de estructura, proceso y resultado, a partir de información pública del Consejo de la Judicatura Federal (CFJ), así como de solicitudes de información a este sobre Juzgados de Distrito, Tribunales Unitarios de Circuito y Tribunales Colegiados de Circuito durante los años 2014, 2015 y 2016. Sobre los indicadores cualitativos fueron analizadas 384 sentencias de Amparo Directo y 384 sentencias de amparo indirecto seleccionadas a través de una muestra representativa de todos los Juzgados y Tribunales Federales en el país para los años 2014, 2015 y 2016. De esta manera el análisis estadístico tiene dos fuentes de indicadores: información proporcionada por el CJF (publicada en su página de internet o solicitada a través de la Plataforma Nacional de Transparencia) y un muestreo de sentencias. El límite material de la investigación lo constituye el amparo en primera instancia, es decir, no se analizan los medios de impugnación. Este límite material se debe a dos motivos principales: el primero de ellos es una preocupación por el primer contacto que tienen las personas que consideran que han sido víctimas de violaciones de sus derechos humanos con el Poder Judicial Federal; el segundo, que los porcentajes de recursos son realmente bajos, ya que en materia de amparo indirecto el porcentaje fue del 27% y en materia de Amparo Directo del 3%. Asimismo, el límite temporal son los años 2014, 2015 y 2016. En la Dirección General de Bibliotecas y Servicios Digitales de Información de la UNAM (<http://oreon.dgbiblio.unam.mx>) es posible acceder a la investigación completa en la que se encuentra el conjunto de indicadores que soporta la evidencia estadística analizada en el presente artículo.

estándares en protección judicial efectiva desarrollados por la Corte IDH, especialmente considerando tres elementos: eficacia, accesibilidad y conformidad con las reglas del debido proceso.²¹ A continuación, se presentan algunos hallazgos de esta investigación que permiten relacionar la efectividad del amparo para garantizar los derechos constitucionalmente reconocidos.

En materia de *amparo indirecto*, el reclamo con mayor incidencia es por actos dentro del procedimiento, con 43.75%; después, en segundo lugar, con 17.70%, los actos omisivos y los actos privativos de libertad; en tercer lugar, con 15.62%, las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general, y, por último, los actos fuera de juicio, con 5.20%. En México, aproximadamente el 80% de las personas quejas acuden al amparo ante Juzgados de Distrito por actos dentro del juicio, por actos privativos de la libertad y por omisiones de las autoridades que violan derechos humanos. Con estos resultados queda claramente demostrado el impacto positivo que tuvo, para el juicio de amparo como garantía de los derechos humanos en México, que en la reforma constitucional en materia de amparo de 2011 se ampliara la procedencia del amparo frente a omisiones.

En el 94.73% de las sentencias de amparo indirecto analizadas la parte quejosa no alegó violaciones de derechos humanos reconocidos en tratados internacionales. Este porcentaje debe llevar a la reflexión sobre la importancia que tiene que quienes litigan en materia de amparo se apropien del contenido de la reforma de 2011 y que vean el juicio de amparo como un mecanismo para hacerla efectiva. Resulta importante señalar que en la mayoría de las sentencias en las que la parte quejosa alegó violaciones de derechos humanos reconocidos en tratados internacionales los órganos jurisdiccionales usaron dichos tratados, e inclusive realizaron un control de convencionalidad que permitió garantizar de manera efectiva los derechos humanos.

Respecto al contenido del artículo 1o. constitucional, en el 5.26% de las sentencias de amparo indirecto se citó el principio *pro persona* y en 3.94% se lo aplicó. En el 9.21% se citaron tratados internacionales, mientras que en el 1.31% se aplicaron. Los tratados internacionales que más fueron citados en amparo indirecto son la CADH, la Convención sobre los Derechos de los Niños; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y la Convención Europea de Derechos Humanos.

En el 1.31% de las sentencias de amparo indirecto se citaron y aplicaron otros instrumentos internacionales; específicamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del

²¹ Franco Martín del Campo, *op. cit.*, pp. 50-94.

Hombre (sic). En el 5.26% de las sentencias se citaron estándares internacionales provenientes del Sistema Interamericano, específicamente jurisprudencia de la Corte IDH, y en un 1.31% de las sentencias se cita jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; los estándares internacionales fueron efectivamente aplicados en el 3.94% de las sentencias.

En la práctica en amparo indirecto se garantizan derechos humanos como el debido proceso y el acceso a la justicia, derechos que suman el 56.4% de todos los derechos humanos garantizados a través de esta institución procesal. Se garantiza más el derecho a la legalidad, proporcionalidad y equidad tributaria que los derechos de los niños.

Las estadísticas anteriores permiten concluir que para el periodo de análisis en la práctica el amparo indirecto no fue el recurso judicial efectivo para la amplia gama de derechos humanos reconocidos en nuestra Constitución, a pesar de ser el recurso judicial adecuado para ello. De los resultados obtenidos se puede concluir que el amparo garantiza derechos humanos como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho de petición o el a la legalidad, proporcionalidad y equidad tributaria, pero no derechos como igualdad y no discriminación, salud, alimentación y educación.

Respecto al Amparo Directo, el 74.8% de las personas que lo solicitan son personas físicas, mientras que el 16.03% son personas jurídicas y el 8.39% son autoridades. De las personas físicas, el 56.12% pertenece a algún grupo en situación de vulnerabilidad. Las personas privadas de la libertad y las personas trabajadoras representan los grupos en situación de vulnerabilidad que más solicitan la garantía de sus derechos a través del Amparo Directo, y también aparecen otros grupos que requieren un enfoque diferencial para la garantía de sus derechos, como las mujeres, personas ejidatarias, niñas, niños y adolescentes.

En el 70.45% de las demandas de Amparo Directo se alegaron violaciones de los derechos de legalidad, debido proceso y acceso a la justicia. Este alto porcentaje implica que las personas lo interponen para garantizar derechos humanos relacionados con acceso a la justicia; pero no para otro tipo de derechos.

Respecto a los derechos humanos que efectivamente son garantizados a través del Amparo Directo, el 84.23% son los derechos de legalidad, debido proceso y acceso a la justicia. Después encontramos el derecho humano a la libertad personal, con el 5.47%. Dentro de los derechos humanos garantizados a través del Amparo Directo encontramos derechos como la igualdad y no discriminación, salud y alimentación, tres derechos cuyos porcentajes suman 2.04%.

En el 16.03% de las sentencias de Amparo Directo se citan tratados internacionales en materia de derechos humanos. Este indicador nos permite ver que

son más las sentencias en las que se citan los tratados que aquellas en las que se alegan (10.68%) y se aplican (9.16%). La Convención Americana sobre Derechos Humanos es el tratado internacional más citado en las sentencias de Amparo Directo, seguida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En cuanto a otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en el 3.05% de las sentencias se citaron instrumentos internacionales. Fueron citadas la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que establece los principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal, y el Protocolo de Estambul. Respecto a los estándares internacionales, en el 7.63% de las sentencias se citó jurisprudencia de la Corte IDH, especialmente sentencias en las que el Estado mexicano fue parte, y en el 5.34% de las sentencias se aplicó la jurisprudencia interamericana.

A partir del análisis de los estándares interamericanos en materia de protección judicial y de los indicadores cuantitativos y cualitativos construidos fue posible determinar que en materia de amparo indirecto el porcentaje de efectividad es del 30%, es decir, que cumple con el estándar de que un órgano jurisdiccional conozca el fondo y determine la existencia o no de violaciones a derechos humanos. En el 16.6% se concede el amparo a la persona quejosa. Por otro lado, en materia de Amparo Directo en México el porcentaje de eficacia es del 56.22% y en un 25.66% de los casos se amparó a la persona quejosa.

El análisis de la efectividad del amparo a partir de los estándares interamericanos es un punto de encuentro entre las dos reformas constitucionales de junio de 2011, ya que, por un lado, el juicio de amparo debe ser convencional, es decir, debe cumplir con los estándares internacionales en materia de protección judicial, análisis que no es solo válido, sino necesario, a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Por otro lado, el juicio de amparo es una garantía para la vigencia de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente desde junio de 2011, lo que implica que la reforma en materia de amparo tiene un impacto directo en los derechos humanos.

Las cifras presentadas en este estudio podrían parecer poco alentadoras respecto al juicio de amparo como garantía de la amplia gama de derechos humanos constitucionalmente reconocidos, y ciertamente hay estadísticas preocupantes, como la efectividad del amparo indirecto o el porcentaje de garantía vía amparo de los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, prefiero hacer una lectura distinta, si bien es cierto que hay motivos serios de preocupación, también lo es que el juicio de amparo ha demostrado desde el diseño normativo y de la práctica que puede ser, aunque lamentable no siempre lo es, ese recurso judicial

efectivo consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana. Las cifras nos muestran el potencial que tiene el juicio de amparo frente a las reformas constitucionales de junio de 2011, así como el arduo trabajo que queda por delante para la plena vigencia de los derechos humanos en México.

IV. CONCLUSIONES

Las estadísticas permiten dimensionar la importancia que tiene el juicio de amparo para la garantía efectiva de los derechos humanos y el estrecho vínculo que tienen las reformas constitucionales de junio de 2011, pues los avances que se den en materia de amparo lo serán también para la plena vigencia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

El nuevo paradigma constitucional en materia de derechos humanos requiere tiempo para consolidarse. Se trata de un proceso. Después de diez años de las reformas de junio de 2011, la buena noticia es que el proceso se ha iniciado; la mala es que el avance es muy lento, según lo reflejan las estadísticas de este estudio. En este sentido, una de las respuestas necesarias tendría que ser fortalecer al Poder Judicial de la Federación, pero en serio y no de manera simulada, para que las y los juzgadores federales puedan cumplir cada vez de mejor manera con una tarea fundamental para el Estado de Derecho en México: garantizar la plena vigencia de todos los derechos humanos constitucionalmente reconocidos.

El juicio de amparo es muy importante para todas las personas en México y hay que fortalecerlo, diagnosticar sus deficiencias y corregirlas. No es una institución procesal perfecta, pero hoy lo peor que podría pasarnos es perder la efectividad del juicio de amparo en México.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BARRAGÁN BARRAGÁN, José, *Primera ley de amparo de 1861*, México, IJ-UNAM, 1987.
- BARRAGÁN BARRAGÁN, José, *Mariano Otero*, México, Senado de la República, 1987.
- CANO LÓPEZ, Luis Miguel *et al.*, “Comentario a los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: la renovación del juicio de amparo”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.* (comps.), *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, t. II, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, Konrad Adenauer Stiftung, 2013, pp. 1661-1688.
- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón *et al.* (coords.), *La nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa, 2015.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la Reforma Constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2014.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Algunos aspectos de la obra jurídica de Manuel Crescencio García Rejón”, *Edición conmemorativa. Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, 1991, pp. 488-501.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, México, Porrúa, 2003.
- FRANCO MARTÍN DEL CAMPO, María Elisa, *La efectividad del amparo en México*, tesis de Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho UNAM, 2019. <http://oreon.dgbiblio.unam.mx>
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La protección de derechos y libertades en el sistema jurisdiccional interamericano. El amparo interamericano”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM, Porrúa, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 985-1033.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa, UNAM, 2012.
- PÉREZ DAYÁN, Alberto *et al.*, *Mariano Otero, visionario de la República. A 200 años de su nacimiento*, México, Universidad de Guadalajara, 2017.
- POU GIMÉNEZ, Francisca, “El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector?”, *Anuario de Derechos Humanos 2014*, Chile, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2014, pp. 91-103.
- SALAZAR, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, 2014.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “La Constitución yucateca de 1841 y su juicio de amparo”, *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, México, IJ-UNAM, 1998, pp. 647-655.
- TAFOYA HERNÁNDEZ, José Guadalupe (coord.), *Elementos para el estudio del juicio de amparo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017.

EL NUEVO JUICIO DE AMPARO: PERSPECTIVAS DESDE EL LITIGIO Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Graciela Rodríguez Manzo*

RESUMEN

A diez años de la reforma constitucional de amparo, que dio como resultado la Ley de Amparo de 2 de abril de 2013, es importante hacer un balance de lo que esta significó y su impacto en el litigio en materia de derechos humanos y en la interpretación constitucional sobre el amparo. El presente artículo analiza el alcance de la reforma constitucional de amparo de 6 de junio de 2011 y se enfoca, principalmente, en tres temas: el desarrollo y alcance jurisprudencial de la figura del interés legítimo, a partir de la reforma constitucional, cuyo principal objetivo es ampliar el acceso al juicio de amparo; el litigio de violaciones graves de derechos humanos a través del amparo en casos de desaparición forzada o de actos prohibidos constitucionalmente; y, finalmente, el juicio de amparo y sus dificultades para combatir la detención en el ámbito migratorio. El objetivo es describir algunos de los obstáculos y retos que enfrenta la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH), a partir del trabajo de defensa integral de víctimas de violaciones de derechos humanos.

I. INTRODUCCIÓN

Las reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos, publicadas el 6 y 10 de junio de 2011, respectivamente, se complementan entre sí e incorporan a nuestro orden jurídico de origen interno los estándares internacionales

* Directora Ejecutiva de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. y Profesora Titular de Derechos Humanos en la Escuela Libre de Derecho. Este artículo no hubiera sido posible sin la valiosa colaboración de Luis Miguel Cano López, Lucía Guadalupe Chávez Vargas, Víctor Alonso del Pozo Rodríguez y Daniela Reyes Rodríguez. grace_rod@yahoo.com

en materia de derechos humanos. Con ello, amplían su alcance y contenido. Específicamente, a la reforma constitucional en materia de amparo le precedieron importantes debates entre la academia, la sociedad civil, integrantes del foro y el Poder Judicial de la Federación (PJF) sobre qué tipo de modificaciones requería el juicio de amparo mexicano para contribuir a su modernización.

Así, a finales de 1999, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) convocó a la comunidad jurídica nacional a formular propuestas para la elaboración de una Nueva Ley de Amparo e instaló la Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Amparo integrada por ministros de la SCJN, magistrados de circuito, académicos y abogados postulantes, encargada de la sistematización de las propuestas que se recibieran y de la integración de un Proyecto de Nueva Ley de Amparo.

El 1 de marzo de 2001, dicha Comisión presentó al Pleno de la SCJN su propuesta, acompañada de una reforma constitucional que ya preveía, entre otros temas: la ampliación del objeto de protección del amparo y del interés jurídico al interés legítimo para acudir al mismo, la figura de la declaratoria general de inconstitucionalidad o de interpretación conforme y medidas más eficaces para garantizar el cumplimiento de las sentencias de amparo.¹ Sin embargo, fue hasta 2011 cuando la reforma constitucional de amparo se hizo realidad y dos años después se publicó la Ley de Amparo vigente.

Las aportaciones de esta reforma constitucional al juicio de amparo consistieron, a grandes rasgos, en la ampliación del objeto del mismo, que, de conformidad con la reforma al artículo 1o. constitucional, se extiende a violaciones de derechos humanos que forman el parámetro de control de regularidad constitucional, esto es, los previstos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México forma parte. Asimismo, amplía la legitimación para promover amparo, al contemplar, además del interés jurídico, el interés legítimo. Incluye también la declaratoria general de inconstitucionalidad de normas generales y la figura del amparo adhesivo directo; reincorpora la apariencia del buen derecho, como elemento a tomar en cuenta en la suspensión, y los plenos de circuito; establece nuevas sanciones en caso de inejecución de las sentencias de amparo; y prevé la figura del cumplimiento sustituto.

Sin duda, a diez años de dicha reforma constitucional, resulta necesario hacer un balance de lo que la misma significó y cómo impactó en el litigio en materia

¹ Para mayor abundamiento, véase Zaldívar Lelo de Larrea, A., "Breves comentarios al proyecto de nueva ley de amparo", *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2001, pp. 209-228.

de derechos humanos y en la interpretación constitucional sobre el amparo hasta ahora. En el presente artículo me enfocaré en tres temas principales: el desarrollo jurisprudencial de la figura del interés legítimo, a partir de la reforma constitucional, cuyo objetivo principal es ampliar el acceso al juicio de amparo; el litigio de violaciones graves de derechos humanos, a través del amparo; y, finalmente, el juicio de amparo en materia migratoria. Lo anterior, con el objetivo de describir algunos de los obstáculos a los que la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH) se ha enfrentado en relación con estos temas, a partir del trabajo de defensa integral de víctimas de violaciones de derechos humanos, durante estos años.

II. EL INTERÉS LEGÍTIMO EN EL JUICIO DE AMPARO

Quizá una de las aportaciones más significativas de la reforma constitucional de 2011 en materia de amparo es la ampliación de la legitimación activa para promoverlo, a través de la figura del interés legítimo. Este consiste en un interés personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que puede traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor de la persona quejosa, derivado de una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública o de cualquier otra.² De esta forma, ya no solo quienes sufren una afectación directa en su esfera jurídica tienen la posibilidad de acceder al amparo, sino también aquellas personas que puedan alegar una afectación diferenciada del resto de las y los demás integrantes de la sociedad. De ahí que el interés legítimo represente, en principio, una forma de garantizar una mayor accesibilidad al juicio de amparo.

Sin embargo, el desarrollo jurisprudencial de la SCJN ha señalado que el interés legítimo no se actualiza cuando la afectación alegada se extienda a la población en general y no se involucra un derecho colectivo, por las siguientes razones: primera, por la imposibilidad lógica de identificar un agravio cualificado que surja de una especial situación de la persona quejosa frente al orden jurídico y, en segundo lugar, por observancia del principio democrático y de división de poderes, y para que juzgadores y juzgadas no se posicionen como órganos supervisores permanentes de decisiones de legitimidad democrática. De ahí que

² Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Tesis 1a./J. 38/2016 (10a.), "Interés legítimo en el amparo. Su diferencia con el interés simple", *Semanario Judicial de la Federación*, agosto de 2016; y Tesis P./J. 50/2014 (10a.), "Interés legítimo. Contenido y alcance para efectos de la procedencia del juicio de amparo (interpretación del artículo 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)", *Semanario Judicial de la Federación*, noviembre de 2014.

haya considerado que son los órganos democráticos quienes deben resolver las afectaciones (mayoritarias, ideológicas y políticas) que se resientan por la población en general.

Desde mi perspectiva, este argumento no se sostiene en el marco de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, que incorpora el garantismo ferrajoliano como dogmática constitucional y que implica reconocer que, precisamente ejercer un control constitucional y supervisar permanentemente los actos de los demás poderes es el papel que toca desempeñar a los jueces y juezas, y que es justo ese papel el que les legitima democráticamente,³ bajo una concepción de democracia sustantiva que incorpora la teoría garantista hecha hoy Constitución.

Lo cierto es que este argumento ha obstaculizado en la práctica el acceso al amparo respecto de materias como, por ejemplo, el ejercicio del gasto público, ya que se ha interpretado que quienes resienten los efectos de un deficiente sistema de gasto público y/o de recaudación son todas las personas sujetas al Estado mexicano, pues todas son beneficiarias latentes del mismo, y no solo las personas contribuyentes, por lo que debe concluirse que esa afectación se da por igual a toda la población y, por tanto, no es reducible a un interés legítimo.⁴

Asimismo, existen interpretaciones de Tribunales Colegiados de Circuito que pretenden añadir requisitos para acreditar el interés legítimo como la buena fe, la lealtad y la adhesión de la persona quejosa a la causa colectiva que respalda, que deben ser patentes,⁵ lo cual, además de entrar en el terreno peligroso de la subjetividad, resulta a todas luces contrario al principio *pro persona*.

Sin embargo, es importante resaltar que existen ciertos supuestos y materias, respecto de los cuales la figura del interés legítimo se ha desarrollado significativa y positivamente. En primer lugar, destaco el interés legítimo respecto del *derecho a un medio ambiente sano*, cuya acreditación se ha hecho más flexible con el tiempo. En ese sentido, la interpretación constitucional ha señalado que quienes imparten justicia tienen la obligación de hacer una interpretación amplia de la legitimación activa en el juicio de amparo en materia ambiental para fomentar la participación ciudadana en la defensa del medio ambiente y crear entornos propicios para ese efecto. Y, en ese sentido, para acreditar el interés legítimo en

³ Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 25-26.

⁴ SCJN, Tesis 1a. CLXXXVI/2015 (10a.), "Interés legítimo. Como usuario o beneficiario del gasto público, la parte quejosa que combate su deficiente integración no acude como contribuyente, por lo que carece de aquél", *Semanario Judicial de la Federación*, mayo de 2015.

⁵ SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito (TCC), Tesis XXII.P.A.1 K (10a.), "Interés legítimo en el amparo. Para corroborar la especial situación del quejoso frente a la norma o acto de autoridad que reclama bajo esa figura, debe ser patente la buena fe, lealtad y adhesión a la causa eventualmente colectiva que respalda", *Semanario Judicial de la Federación*, septiembre de 2016.

materia medioambiental solo se deberá determinar si quien alega ser titular del derecho ambiental se beneficia o aprovecha de los servicios ambientales que presta el ecosistema que alega vulnerado.⁶ Aunque hay por ahí un precedente aislado de tribunales colegiados que señala que las personas morales privadas mexicanas que aleguen un interés legítimo deben demostrar que sus integrantes son vecinos o habitan en la comunidad adyacente al lugar donde se haya ocasionado el daño al medio ambiente, lo cierto es que constituye solo un criterio aislado difícil de sostener.⁷

Otro avance importante en relación con el interés legítimo es el relativo al *amparo contra leyes*. En este punto, el desarrollo jurisprudencial ha sido garantista en relación con leyes estigmatizadoras, cuya sola existencia genera una afectación autoaplicativa que lo actualiza. Es decir, se trata de normas que en principio son heteroaplicativas, de conformidad con su estructura interna, pero que generan una afectación grave porque proyectan un mensaje discriminatorio contra ciertas personas, desde la parte valorativa de la ley,⁸ como, por ejemplo, el no reconocimiento de *matrimonios igualitarios*. Así, en casos de grupos de personas con rasgos de identidad común, se considera que el interés legítimo debe tenerse por acreditado. En ese mismo sentido, se ha pronunciado la Primera Sala de la SCJN, en relación con las normas de la Ley General de Salud que prohíbe el *consumo lúdico de la Cannabis Sativa*.⁹

Pero también se ha reconocido un segundo tipo de normas, cuya sola existencia genera una barrera de acceso al debate y deliberación pública, pues la afectación que producen no se encuentra en su parte valorativa, sino en la repercusión que tienen para el ejercicio de la libertad de expresión y el libre flujo de ideas, ya que establecen impedimentos, requisitos, abstenciones que inhiben el debate público y criminalizan la actividad periodística. Así, para acreditar el interés

⁶ SCJN, Tesis 1a. CCXC/2018 (10a.), "Interés legítimo para promover un juicio de amparo en materia ambiental. Obligación de los juzgadores en su análisis", *Semanario Judicial de la Federación*, diciembre de 2018.

⁷ TCC, Tesis XXI.1o.PA.25 A (10a.), "Interés legítimo en el amparo. Para acreditarlo, las personas morales privadas mexicanas cuyo objeto social sea la protección al ambiente en general, deben demostrar que sus integrantes son vecinos o habitan en la comunidad adyacente al lugar donde se ocasionó el daño", *Semanario Judicial de la Federación*, agosto de 2015.

⁸ SCJN, Tesis 1a. CCLXXXIII/2014 (10a.), "Interés legítimo en el amparo contra leyes. Permite impugnar la parte valorativa de las normas jurídicas sin necesidad de un acto de aplicación, cuando aquéllas resulten estigmatizadoras", *Semanario Judicial de la Federación*, julio de 2014.

⁹ TCC, Tesis I.9o.A.111 A (10a.), "Prohibición del consumo lúdico de la cannabis sativa. Los preceptos de la ley general de salud que la prevén, generan una afectación autoaplicativa que actualiza el interés legítimo para reclamarlos en el amparo", *Semanario Judicial de la Federación*, noviembre de 2018.

legítimo, no se requiere un acto de aplicación, sino que la afectación se da por su sola existencia.¹⁰

Ahora bien, avances significativos también encontramos en cuanto a *quiénes tienen interés legítimo*. Así, la interpretación constitucional se los ha reconocido a las *asociaciones cuyo objeto social sea la defensa de determinados derechos*, como en el caso de Aprender Primero, A.C., a la que se le reconoce dentro de su objeto social el derecho a la educación, o Documenta, en relación con personas privadas de la libertad. Así, se señala que debe existir una relación entre los derechos que se alegan violados y el objeto social.¹¹

Recientemente, en un caso sobre el derecho al medio ambiente sano, se reconoció interés legítimo a una asociación que tenía por objeto la defensa genérica de derechos humanos,¹² y aunque su constitución formal fuera reciente. Esto representa un paso importante, porque permite a cualquier organización recién constituida plantear la defensa colectiva de derechos independientemente de su específico objeto social.¹³

Por su parte, las *comunidades originarias tienen interés legítimo*, por supuesto, pero, más importante, el avance jurisprudencial está en que se les reconoce inclusive a las personas integrantes de cada comunidad, aunque accionen sin representación de toda la comunidad e incluso a quienes se autoadscriban a ellas. Lo anterior, por considerar que ello abona en procurar los mecanismos de participación y diálogo intercultural, mediante sus organizaciones y formas de representación.¹⁴

¹⁰ SCJN, Tesis 1a. XXXIII/2016 (10a.), "Libertad de expresión y derecho de acceso a la información. Los periodistas cuentan con interés legítimo para impugnar en amparo, sin acto de aplicación previo, el artículo 398 bis, del Código Penal para el estado de Chiapas, por su potencial de afectación en las condiciones de acceso a la deliberación pública", *Semanario Judicial de la Federación*, febrero de 2016.

¹¹ SCJN, Tesis 1a. CLXVII/2015 (10a.), "Interés legítimo de asociaciones civiles en defensa del derecho a la educación. El juzgador debe analizar el derecho cuestionado a la luz de la afectación reclamada para determinar la procedencia del juicio de amparo", *Semanario Judicial de la Federación*, mayo de 2015.

¹² SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 839/2019, prodefensa del ciudadano.

¹³ Esta interpretación evolutiva y más favorable hoy se ve amenazada por tesis de tribunales colegiados publicadas el 30 de abril de 2021, que resultan preocupantes y con las que se cierra la Décima Época. Véanse: TCC, Tesis I.18o.A.36 K (10a.), "Personas morales. Carecen de interés legítimo en el juicio de amparo para defender derechos fundamentales de los que carezcan, por no ser compatibles con su naturaleza", *Semanario Judicial de la Federación*, abril de 2021; y Tesis I.18o.A.39 K (10a.), "Personas jurídicas. No son titulares de un derecho humano al medio ambiente sano y, por tanto, carecen de interés legítimo", *Semanario Judicial de la Federación*, abril de 2021.

¹⁴ TCC, Tesis XXVII.3o.157 K (10a.), "Personas indígenas. Basta que se autoadscriban como miembros de una etnia determinada para que se reconozca su interés legítimo para reclamar en el amparo una medida administrativa o legislativa de impacto significativo sobre su entorno, por la falta de consulta previa respecto de su discusión y elaboración", *Semanario Judicial de la Federación*, enero de 2019.

También existen desarrollos jurisprudenciales importantes, en relación con *los efectos que puede producir la acreditación del interés legítimo*. En ese sentido, el interés legítimo colectivo *matiza los efectos particulares de las sentencias de amparo*. De ahí que, si en los intereses colectivos o legítimos la afectación trasciende a la esfera jurídica de quien promovió un juicio de amparo, no se puede negar la procedencia del amparo, pretextándose la violación del principio de relatividad de las sentencias. Ello, debido a que la aceptación de dicho interés genera una obligación en las y los jueces de buscar los mecanismos adecuados para remediar los vicios de inconstitucionalidad, aun cuando salgan de la esfera individual del quejoso.¹⁵

Asimismo, la determinación de la existencia de un interés legítimo en contra de una omisión de autoridad, como, por ejemplo, garantizar el derecho a la educación, *no puede actualizar la improcedencia del amparo por la imposibilidad de reparar la violación alegada*, ya que su concesión tendría por efecto obligar a garantizar los derechos.¹⁶

Se pueden incluso cuestionar leyes de aplicación para toda la población, siempre que el planteamiento del amparo sea para defender derechos colectivos, es decir, no se considerará interés simple. El caso más reciente y relevante es el cuestionamiento de la Ley de Seguridad Interior, por los derechos involucrados que se ven afectados.

Así, se señaló que es incorrecto desechar la demanda de amparo por falta de interés legítimo del quejoso cuando impugna la Ley de Seguridad Interior por transgredir los derechos a la libre manifestación de las ideas, la expresión y la reunión, sobre la base de que no está en una situación diferenciada de cualquier otra persona dentro del territorio nacional, pues no es manifiesto ni indudable que la supuesta afectación generada constituya un interés simple en atención a que los derechos humanos considerados transgredidos son derechos difusos.¹⁷

¹⁵ SCJN, Tesis 1a. CLXXIV/2015 (10a.), "Improcedencia del juicio de amparo. No puede alegarse violación al principio de relatividad de las sentencias y, por ello, sobreeser en el juicio, cuando se actualiza la existencia de un interés legítimo en defensa de un derecho colectivo", *Semanario Judicial de la Federación*, mayo de 2015.

¹⁶ SCJN, Tesis 1a. CLXXIII/2015 (10a.), "Improcedencia del juicio de amparo. No se actualiza la causal relativa a la imposibilidad de reparar la violación alegada, si se determina la existencia de un interés legítimo a una asociación civil en defensa del derecho a la educación", *Semanario Judicial de la Federación*, mayo de 2015.

¹⁷ SCJN, Tesis 2a./J. 114/2018 (10a.), "Seguridad interior. La falta de interés legítimo sobre la base de que el quejoso no está en una situación diferenciada de cualquier otra persona dentro del territorio nacional, por regla general, no es una causa de improcedencia manifiesta e indudable que lleve a desechar la demanda de amparo cuando reclama la ley relativa por presunta afectación a sus derechos humanos a la libre manifestación de las ideas, expresión y reunión", *Semanario Judicial de la Federación*, noviembre de 2018.

Para finalizar este apartado, resulta importante resaltar que, si bien el desarrollo jurisprudencial respecto de algunos supuestos y materias en relación con el interés legítimo ha sido significativo, lo cierto es que existen varias materias respecto de las cuales queda pendiente que se reconozca. Resalto dos: la primera, relativa al reconocimiento del interés legítimo respecto de responsabilidades administrativas, que resulta fundamental para combatir la impunidad y exigir rendición de cuentas, vía procedimientos disciplinarios en el servicio público; y, la segunda, el reconocimiento de interés legítimo a grupos de víctimas de violaciones graves de derechos humanos. En este último caso, una buena oportunidad para avanzar en este reconocimiento representa una jurisprudencia de Tribunales Colegiados de Circuito que señala que debe acudir al debido proceso internacional si en el ámbito nacional no se ha desarrollado ampliamente lo necesario para el análisis de graves violaciones de los derechos humanos.¹⁸

Ambos temas son de suma importancia para dotar de mayor accesibilidad al juicio de amparo a las miles de víctimas de violaciones graves de derechos humanos en el país, en un contexto de impunidad sin precedentes, como se describe a continuación.

III. JUICIO DE AMPARO Y VIOLACIONES GRAVES DE DERECHOS HUMANOS

En efecto, desde 2007 a la fecha, México vive una crisis de violencia, macrocriminalidad e impunidad sin precedentes, que ha traído como consecuencia violaciones graves de derechos humanos a gran escala y que se cometen de forma sistemática y generalizada.¹⁹ En ese contexto, la Ley de Amparo derivada de la reforma constitucional de 2011 introdujo en su artículo 15 una especie de *habeas corpus* que, en principio, busca hacer más accesible el juicio de amparo para familiares de víctimas de desaparición forzada o de los actos prohibidos previstos en el artículo 22 constitucional.²⁰ Así, en caso de desaparición forzada, el juez

¹⁸ TCC, Tesis XIX.1o. J/5 (10a.), "Debe acudir al debido proceso internacional si en el ámbito nacional no se ha desarrollado ampliamente lo necesario para el análisis de graves violaciones a los derechos humanos", *Semanario Judicial de la Federación*, noviembre de 2019.

¹⁹ Al respecto, véase Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, *Entre la brutalidad y la impunidad. Los crímenes atroces cometidos al amparo de la estrategia de seguridad militarizada (2006-2018)*, México, CMDPDH, 2020; y Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, "Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez", en su misión a México, 29 de diciembre de 2014.

²⁰ En ese sentido, elimina para estos casos uno de los requisitos básicos de procedencia del juicio de amparo: el principio de definitividad, previsto en la fracción XVIII del numeral 61 de la Ley de Amparo, al revertir la carga probatoria a las autoridades responsables y al obligar a dictar una suspensión de plano sin mayor trámite, la reversión de la regla para casos en que la autoridad niegue el acto reclamado, entre otros requisitos.

tiene 24 horas para tramitar el amparo, dictar suspensión de actos reclamados y requerir a las autoridades correspondientes toda la información que sea necesaria para localizar y liberar a la probable víctima. Sin embargo, en el contexto de impunidad que el país enfrenta, solo requerir a las autoridades correspondientes la información necesaria para localizar a las personas resulta insuficiente.

En ese sentido y de conformidad con la obligación general de garantizar, a cargo de todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, y, en consecuencia, de prevenir e investigar violaciones de derechos humanos, previstas en el artículo 1o. constitucional, así como atendiendo a la naturaleza del *habeas corpus*, resulta fundamental que el personal judicial realice diligencias propias de búsqueda e investigación sobre personas desaparecidas. Y si bien existen juzgadoras y juzgadores de amparo²¹ que asumen, en su rol de garantes, estas tareas de búsqueda e investigación, la regla general es que juzgados y tribunales federales asuman la postura de no tener la capacidad para ello, dejando exclusivamente a las fiscalías este rol.

Lo anterior resulta en cierto sentido una postura ambivalente por parte del PJE, ya que, por un lado, concede las suspensiones pertinentes para lograr la comparecencia de las personas desaparecidas y, por el otro, opta por no ejercer labores de búsqueda propias y se limita a solicitar periódicamente informes a las fiscalías, las cuales, además de ser lentas y burocráticas, suelen investigar la desaparición de una persona como parte de un proceso penal para establecer la responsabilidad penal individual de una persona, en lugar de investigarla como un fenómeno criminal en un contexto de desapariciones forzadas sistemáticas y generalizadas que enfrenta el país, en el que incluso las propias fiscalías pueden estar directamente involucradas en dichas desapariciones.

Tratándose de actos de tortura, el panorama es parecido. La experiencia de litigio desde la CMDPDH nos muestra que las fiscalías tienden a cerrar las investigaciones en la materia, a través de un no ejercicio de la acción penal.²² Si bien estos actos pueden ser combatidos a través de un juicio de amparo, hemos podido documentar que el PJE asume un rol pasivo frente a las omisiones que tienen las autoridades de investigación. Así, en vez de analizar en profundidad el expediente para resolver la cuestión efectivamente planteada, se limita a ordenar que las investigaciones sean devueltas a las fiscalías, las cuales, generalmente, vuelven a determinar nuevos no-ejercicios de la acción penal que, eventualmente,

²¹ Tal es el caso de la jueza Karla Macías Lovera, titular del Juzgado Noveno de Distrito en el estado de Guanajuato.

²² Véase, como ejemplo, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDODH), "Caso Nino Colman".

volverán a ser desafiados a través del juicio de amparo. Se genera así un círculo de impunidad sin fin.

La cuestión es que los actos de tortura en el país tampoco son aislados, sino generalizados,²³ por lo que este ciclo de impunidad es estructural. Resulta un dato revelador, por ejemplo, el hecho de que, tan solo en la Ciudad de México, se hayan iniciado un total de 3,733 denuncias por tortura entre 2010 al 2019, de las cuales solo en 8 averiguaciones previas se ha ejercido acción penal.²⁴

Para hacer frente a este grave contexto de impunidad se requiere de juzgadoras y juzgadores que adopten un rol proactivo para ponerle fin y permitir que las víctimas puedan acceder a la justicia. Sin embargo, la regla es que operen con la idea de que solo tienen dos obligaciones frente a casos de tortura: dar vista al Ministerio Público y excluir el caudal probatorio derivado de la tortura.²⁵ Así, en casos en los que ya se ha dado vista al Ministerio Público y en los que las víctimas no confesaron, a pesar de haber sido brutalmente torturadas, jueces y juezas argumentan que, aun cuando se acredite la existencia de tortura en el caso concreto, la labor del PJJF frente a esa situación ya se ha agotado.²⁶

IV. EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA MIGRATORIA

En el caso de amparos que son promovidos para combatir la detención en el ámbito migratorio,²⁷ una primera dificultad que ha documentado la CMDPDH se relaciona con la determinación de la materia. Así, al relacionarse con la condición migratoria de la persona, el caso podría desahogarse ante los juzgados administrativos. Sin embargo, por tratarse de una privación de la libertad, los juzgados penales son competentes también. Esta indeterminación tiene como consecuencia que, en algunas ocasiones, el juzgado elegido para presentar la demanda (sea penal o administrativo) decline tener competencia, lo que deriva en conflictos competenciales que tardan varios meses en ser resueltos y privan al amparo de cualquier efectividad para proteger los derechos de las personas migrantes en situación irregular.²⁸

²³ Naciones Unidas, *op. cit.*

²⁴ Fiscalía General de Justicia de la CDMX, solicitud de información número de folio 0113000073020, de 2020.

²⁵ Véase, por ejemplo, Cuarto Tribunal Unitario en Materia Penal, Toca Penal 147/2019.

²⁶ Un ejemplo de esta argumentación se encuentra en CMDPDH, "Caso Tlaxcala".

²⁷ En el concepto "migrantes" se incluye a personas que migran por motivos económicos y también a aquellas con necesidades de protección internacional como solicitantes de asilo, refugiados y apátridas.

²⁸ Por ejemplo, en enero de 2020 la CMDPDH presentó una demanda de amparo en contra de la detención migratoria de siete personas cubanas ante un juzgado de distrito en materia

Además de esto, resulta fundamental tener en cuenta que, aun tratándose de un acto privativo de la libertad, la detención migratoria no debe tener un carácter punitivo, por lo cual su excepcionalidad debería ser aún más estricta y revisada judicialmente desde un enfoque administrativo. Hacerlo de forma contraria –es decir, desde los juzgados de distrito de amparo en materia penal– tiene dos consecuencias muy graves: la primera, manda un mensaje de criminalización de la migración irregular, y la segunda, propicia el análisis de la situación de la persona desde una perspectiva punitiva, que comúnmente redundan en la aplicación de criterios del ámbito penal para determinar la legalidad de la detención y, por tanto, limita el alcance de la protección que pueden recibir las personas migrantes.

Una segunda cuestión a tomar en cuenta y que se relaciona de forma muy cercana con la anterior es el tipo de suspensión del acto reclamado que se puede obtener en los amparos promovidos en contra de la detención de personas migrantes en situación irregular. Al ser casos conocidos en su mayoría por juzgados de distrito de amparo en materia penal, las suspensiones dictadas suelen tener como fundamento los artículos 159 y 163 de la Ley de Amparo, los cuales se refieren de manera específica a actos que afectan la libertad personal dentro de un procedimiento de orden penal. Como consecuencia, la suspensión suele concederse, a efecto de que la persona quejosa quede en el lugar en el cual se encuentra alojada, esto es, en las estaciones migratorias, a disposición del juzgado de distrito y de las autoridades responsables, para la continuación y resolución del procedimiento administrativo migratorio.²⁹

Al respecto, al ser efectuada la detención migratoria por el Instituto Nacional de Migración y no tener relación con la comisión de un delito,³⁰ por ley, las suspensiones concedidas en amparos promovidos en contra de estos actos deben tener por efecto decretar la libertad de la persona extranjera. Sin embargo, las autoridades jurisdiccionales ignoran esta disposición, lo que tiene como consecuencia la reducción y limitación en la protección que el amparo y la figura de la

administrativa. Este se declaró incompetente y se abrió un conflicto competencial que fue resuelto por un Tribunal Colegiado nueve meses después. En dicha resolución se determinó que el juzgado competente era el de materia penal y se le turnó la demanda; sin embargo, para ese momento, las personas ya habían abandonado el país desde hacía varios meses.

²⁹ Desde la CMDPDH hemos constatado que existe una práctica uniforme entre los juzgados de distrito de amparo en materia penal para dictar suspensión en estos términos para los casos que involucran la privación de la libertad por motivos migratorios.

³⁰ Si bien existe la posibilidad de que las personas extranjeras –sin perjuicio de su condición migratoria– sean detenidas con relación a la comisión de un delito, en el supuesto descrito se hace referencia a la detención con motivos migratorios, es decir, derivada de la irregularidad en su condición de estancia. Adicionalmente, debe recordarse que el artículo 2 de la Ley de Migración establece que el ingreso y permanencia irregular en el territorio no se considera un delito.

suspensión del acto reclamado pueden ofrecer a las personas migrantes, con base en motivos distintos a los argumentos legales.

Finalmente, otro aspecto de gran relevancia en el ámbito de la protección constitucional a personas migrantes se relaciona con su efectividad para combatir actos de expulsión. De nueva cuenta, este problema tiene dos aristas principales: la primera se relaciona con la falta de una tramitación expedita de las demandas de amparo presentadas para frenar la expulsión de personas migrantes, en cualquiera de sus vertientes legales, es decir, rechazo en frontera, retorno asistido o deportación. En muchas ocasiones –particularmente desde las restricciones derivadas de la emergencia sanitaria por el covid-19– las autoridades jurisdiccionales no tienen el tiempo suficiente para admitir a trámite la demanda de amparo, dictar una suspensión del acto reclamado que frene las medidas de expulsión y notificarla a las autoridades adecuadamente antes de que la misma se haya efectuado. De esta manera, la celeridad de las autoridades migratorias para ejecutar las acciones de expulsión impide materialmente que las personas puedan acceder a la justicia constitucional y hacer valer sus derechos. En resumen, las devoluciones en caliente³¹ imposibilitan a las personas el acceso a la justicia.

La segunda vertiente tiene que ver, de manera específica, con una de las formas de expulsión más habituales, que es el rechazo en frontera y, con mayor frecuencia, en la frontera aérea. Este tipo de expulsión tiene una naturaleza particular, porque, a pesar de que la persona se encuentra “materialmente” en territorio mexicano, legalmente no ha sido admitido su ingreso y, por tanto, no es jurídicamente “expulsada” cuando se decreta su rechazo y retorno a su país de procedencia, sea o no su país de origen.

Esta precisión jurídica tiene amplias repercusiones en el trámite de las demandas de amparo que buscan frenar el rechazo en frontera de las personas migrantes y solicitantes de asilo, pues las autoridades jurisdiccionales no siempre tienen en cuenta la naturaleza tan específica del acto reclamado y dictan medidas de suspensión enfocadas en paralizar la “deportación de la persona”. Ante esto, al ser notificadas las autoridades migratorias de la suspensión dictada en dichos términos, proceden a rechazar a la persona y ejecutar su devolución alegando que no se está incumpliendo la orden judicial, al tratarse de supuestos legales distintos.

Al final, un formalismo legal vuelve inefectiva la protección ofrecida vía jurisdiccional a las personas extranjeras frente a lo que materialmente es una expulsión del país. Esto es especialmente relevante en casos de personas con necesidades de protección internacional y que se encuentran amparadas bajo el principio de no

³¹ También conocidas como *pushbacks*.

devolución, pues, independientemente de la denominación legal que se le otorgue al acto, en los hechos se está fallando en proteger a una persona cuya vida, integridad, seguridad o libertad se encuentra en peligro en su país de origen.

V. CONCLUSIONES

Las reformas constitucionales en materia de amparo y de derechos humanos de 2011 significaron un cambio de paradigma en la forma de entender e interpretar los derechos y garantías. Específicamente, la reforma constitucional de derechos humanos incorporó como dogmática constitucional la teoría garantista de Ferrajoli, que lleva necesariamente aparejado un cambio en el papel de las y los juzgadores, consistente en dejar de ser meros aplicadores y aplicadoras de la ley, para convertirse en las y los principales juzgadores de las leyes que les toca aplicar en el ámbito de sus competencias, a la luz de los derechos y principios previstos constitucionalmente.³²

De esta forma, al interpretar y cuestionar la validez de las normas que rigen el juicio de amparo, y al ser este, al mismo tiempo, un derecho humano y una garantía, deben atender a su contenido y alcance desarrollado tanto en el ámbito interno constitucional como en el internacional, de conformidad con el parámetro de control de regularidad constitucional previsto en el artículo 1o. de la Constitución. Pero también, como autoridades del Estado mexicano, tienen el deber de cumplir con las obligaciones generales de respeto, promoción, protección y garantía de los derechos humanos y, en consecuencia, con los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar integralmente las violaciones de derechos humanos, de acuerdo con el tercer párrafo del mismo artículo.

En ese sentido, tienen la obligación de hacer del juicio de amparo un recurso adecuado y efectivo, sencillo y rápido y, sobre todo, de desarrollar las posibilidades del recurso judicial y garantizar el cumplimiento de toda decisión judicial por parte de las autoridades competentes, en atención a lo previsto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Así, el papel que las y los juzgadores de amparo deben desempeñar, bajo este esquema garantista, es uno de carácter proactivo que busque siempre desarrollar las posibilidades del juicio de amparo, desde ampliar la legitimación para que sea accesible a más personas, por ejemplo, a través de una interpretación cada vez más extensiva del interés legítimo, hasta emprender las acciones que sean necesarias para garantizar su plena efectividad, como asumir los deberes de prevenir,

³² Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 25-26.

investigar, sancionar y reparar integralmente como propios. Este papel proactivo adquiere una especial relevancia en un contexto en el que las violaciones graves de derechos humanos se cometen de forma sistemática y generalizada y el índice de impunidad es de más del 90%.³³

VI. BIBLIOGRAFÍA

- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- MÉXICO EVALÚA, *Hallazgos 2019, seguimiento y evaluación del sistema de justicia penal en México*. <https://www.mexicoevalua.org/hallazgos-2019/>
- NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez”, Misión a México, 29 de diciembre de 2014, A/HRC/28/68/Add.3. https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/G1425291.pdf
- ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A., “Breves comentarios al proyecto de nueva ley de amparo”, *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2001, pp. 209-228.

Jurisprudencia

- COMISIÓN MEXICANA DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (CMDPDH), “Caso Nino Colman”. <http://cmdpdh.org/casos-paradigmaticos-2-2/casos-defendidos/caso-nino-colman/>
- CMDPDH, “Caso Tlaxcala”. <http://cmdpdh.org/casos-paradigmaticos-2-2/casos-defendidos/caso-tlaxcala-2/>
- CMDPDH, *Entre la brutalidad y la impunidad. Los crímenes atroces cometidos al amparo de la estrategia de seguridad militarizada (2006-2018)*, México, CMDPDH, 2020. <http://www.cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-entre-la-brutalidad-y-la-impunidad-esp.pdf>
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, SCJN, Tesis 1a. CCLXXXIII/2014 (10a.), “Interés legítimo en el amparo contra leyes. Permite impugnar la parte valorativa de las normas jurídicas sin necesidad de un acto de aplicación, cuando aquéllas resulten estigmatizadoras”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, julio de 2014.
- SCJN, Tesis P./J. 50/2014 (10a.), “Interés legítimo. Contenido y alcance para efectos de la procedencia del juicio de amparo (interpretación del artículo 107, Fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, noviembre de 2014.

³³ Para más información, véase México Evalúa, *Hallazgos 2019, seguimiento y evaluación del sistema de justicia penal en México*.

- SCJN, Tesis 1a. CLXVII/2015 (10a.), “Interés legítimo de asociaciones civiles en defensa del derecho a la educación. El juzgador debe analizar el derecho cuestionado a la luz de la afectación reclamada para determinar la procedencia del juicio de amparo”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, mayo de 2015.
- SCJN, Tesis 1a. CLXXIII/2015 (10a.), “Improcedencia del juicio de amparo. No se actualiza la causal relativa a la imposibilidad de reparar la violación alegada, si se determina la existencia de un interés legítimo a una asociación civil en defensa del derecho a la educación”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, mayo de 2015.
- SCJN, Tesis 1a. CLXXIV/2015 (10a.), “Improcedencia del juicio de amparo. No puede alegarse violación al principio de relatividad de las sentencias y, por ello, sobreseer en el juicio, cuando se actualiza la existencia de un interés legítimo en defensa de un derecho colectivo”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, mayo de 2015.
- SCJN, Tesis 1a. CLXXXVI/2015 (10a.), “Interés legítimo. Como usuario o beneficiario del gasto público, la parte quejosa que combate su deficiente integración no acude como contribuyente, por lo que carece de aquél”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, mayo de 2015.
- SCJN, Tesis 1a. XXXIII/2016 (10a.), “Libertad de expresión y derecho de acceso a la información. Los periodistas cuentan con interés legítimo para impugnar en amparo, sin acto de aplicación previo, el artículo 398 bis, del Código Penal para el estado de Chiapas, por su potencial de afectación en las condiciones de acceso a la deliberación pública”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, febrero de 2016.
- SCJN, Tesis 1a./J. 38/2016 (10a.), “Interés legítimo en el amparo. Su diferencia con el interés simple”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, agosto de 2016.
- SCJN, Tesis 2a./J. 114/2018 (10a.), “Seguridad interior. La falta de interés legítimo sobre la base de que el quejoso no está en una situación diferenciada de cualquier otra persona dentro del territorio nacional, por regla general, no es una causa de improcedencia manifiesta e indudable que lleve a desechar la demanda de amparo cuando reclama la ley relativa por presunta afectación a sus derechos humanos a la libre manifestación de las ideas, expresión y reunión”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, noviembre de 2018.
- SCJN, Tesis 1a. CCXC/2018 (10a.), “Interés legítimo para promover un juicio de amparo en materia ambiental. Obligación de los juzgadores en su análisis”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, diciembre de 2018.
- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis I.18o.A.36 K (10a.), “Personas morales. Carecen de interés legítimo en el juicio de amparo para defender derechos fundamentales de los que carezcan, por no ser compatibles con su naturaleza”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 30 de abril de 2021.
- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis I.18o.A.39 K (10a.), “Personas jurídicas. No son titulares de un derecho humano al medio ambiente sano y, por tanto,

- carecen de interés legítimo”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 30 de abril de 2021.
- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis I.9o.A.111 A (10a.), “Prohibición del consumo lúdico de la cannabis sativa. Los preceptos de la ley general de salud que la prevén, generan una afectación autoaplicativa que actualiza el interés legítimo para reclamarlos en el amparo”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, noviembre de 2018.
- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis XXI.1o.PA.25 A (10a.), “Interés legítimo en el amparo. Para acreditarlo, las personas morales privadas mexicanas cuyo objeto social sea la protección al ambiente en general, deben demostrar que sus integrantes son vecinos o habitan en la comunidad adyacente al lugar donde se ocasionó el daño”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, agosto de 2015.
- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis XXII.PA.1 K (10a.), “Interés legítimo en el amparo. Para corroborar la especial situación del quejoso frente a la norma o acto de autoridad que reclama bajo esa figura, debe ser patente la buena fe, lealtad y adhesión a la causa eventualmente colectiva que respalda”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, septiembre de 2016.
- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: XXVII.3o.157 K (10a.), “Personas indígenas. Basta que se autoadscriban como miembros de una etnia determinada para que se reconozca su interés legítimo para reclamar en el amparo una medida administrativa o legislativa de impacto significativo sobre su entorno, por la falta de consulta previa respecto de su discusión y elaboración”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, enero de 2019.
- SCJN, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: XIX.1o. J/5 (10a.), “Debe acudir al debido proceso internacional si en el ámbito nacional no se ha desarrollado ampliamente lo necesario para el análisis de graves violaciones a los derechos humanos”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, noviembre de 2019.

INVOLUCIÓN Y EVOLUCIÓN DEL JUICIO DE AMPARO COMO ÚNICA CONSTANTE: PERSPECTIVA DE UN *INSIDER*

Fernando Silva García*

*Las masas humanas más peligrosas son aquellas en cuyas venas
ha sido inyectado el veneno el miedo... del miedo al cambio.*

Octavio PAZ

RESUMEN

Este ensayo discute los límites, obstáculos y retos del juicio de amparo como mecanismo de control de poder y de protección de los derechos humanos en México. A partir de un examen interno de la práctica jurídica en el país y de casos particulares y experiencias personales, esta reflexión revela la existencia de paradigmas jurídicos antagónicos, tensiones entre el poder y el derecho, una tradición de formalismo judicial y distintas percepciones deformadas sobre las reglas legales aplicables en materia de derechos humanos y de género. Ante este panorama, se propone una nueva lectura de las figuras procesales para robustecer los fines del juicio de amparo, la necesidad de que los operadores jurídicos se capaciten en cuestiones de género y, en últimas, una comprensión distinta del derecho que incorpore los derechos humanos y los asuntos de género al sistema jurídico mexicano de forma integral.

I. INTRODUCCIÓN

El juicio de amparo es un mecanismo de control del poder, que tiene como finalidad central que los jueces constitucionales resuelvan las demandas que las personas presentan en contra del Estado —o inclusive frente a particulares en contextos de relevancia pública— por violaciones de los derechos humanos y con el objeto de que sean reparadas en forma adecuada. El amparo tiene por objeto que el juez constate si el Estado, a través de las normas, actos u omisiones

* Doctor en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid. Tiene una larga trayectoria en el Poder Judicial de la Federación; actualmente es Magistrado del Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo. fernando.silva.garcia@correo.cjf.gob.mx

reclamadas, ha violado o no los derechos humanos de la parte promovente, a través de las pruebas y argumentos ofrecidos en dicho proceso judicial, a fin de reparar en forma adecuada o restablecer las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad a las violaciones atribuidas a los poderes públicos demandados.

En ese sentido, el amparo es un juicio que persigue una verdad procesal frente al poder, por lo que muchas veces –como sabemos– este mecanismo de control constitucional resulta controlado por el poder. El amparo presenta así una tensión constante entre la racionalidad intrínseca del derecho y la territorialidad inherente del poder.

El amparo es una institución histórica, de manera que sus alcances han variado durante el transcurso de los años; el contexto político y social se ha encargado de influir en muchas de sus características durante su existencia jurídica. Así, el llamado juicio de los derechos humanos se ha ido reconfigurando con el paso del tiempo, de un lado, por virtud de reformas constitucionales y legales; de otro lado, por causa de transformaciones interpretativas contenidas en las sentencias judiciales.

El hecho de que el juicio de amparo sea un sistema normativo complejo, que funciona a partir de la interacción de una serie de derechos y garantías, y toda vez que el propio juicio de amparo puede concebirse como un derecho y una garantía fundamental de las personas, podemos establecer que su reordenación en clave de reforzamiento obedece a que sus elementos normativos se han reinterpretado en función del contexto político, social y económico en que está llamado a aplicarse, lo que es propio de la interpretación sistemática y progresiva de toda institución constitucional en el devenir histórico.¹

Desde mi perspectiva, la evolución/involución del juicio de amparo ha obedecido a las distintas dimensiones de la situación de vulnerabilidad en que muchas personas, grupos y comunidades se han encontrado en el contexto político, económico, social y cultural de nuestros tiempos, frente a la globalización y al Estado; vulnerabilidad en que se encuentra el propio juez constitucional que se encarga de resolver –frente al poder– este tipo de procedimientos. La naturaleza orgánica e histórica del juicio de amparo se hace evidente entonces por su carácter reactivo a esas dimensiones de vulnerabilidad a las que están sujetas las personas en la actualidad.

Ese estado de cosas ha generado una especie de maniqueísmo derivado de dos fuerzas antagónicas que tienden, de un lado, a inhibir, lógicamente, el crecimiento y la eficacia del juicio de amparo, especialmente allí en donde el poder y

¹ Véase, en general, Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando, *Derechos fundamentales*, 3 ed., México, Porrúa, 2019.

la corrupción ven afectados sus intereses políticos y económicos² —el poder controla el mecanismo de control del poder—; de otro lado, a estimular la fuerza y a evolucionar el alcance del juicio de amparo allí en donde el juez, acompañado de la opinión pública y social, así como de la legitimidad que llega muchas veces a brindar la racionalidad del derecho, encuentra razones evidentes para demostrar ante la sociedad la ilegitimidad de la actuación pública o privada atentatoria de derechos humanos.³

En el siglo XXI, el juicio de amparo es una institución diferente, es un mecanismo de protección de derechos humanos, reforzado, que en ocasiones ha adquirido la capacidad de contrarrestar en amplio grado violaciones individuales o colectivas de los derechos y libertades generadas por autoridades o particulares, que actúan en forma arbitraria mediante el ejercicio de facultades autoritarias o derivadas de actos de corrupción o por causa del uso distópico de la tecnología entremezclada con intereses lucrativos, gracias a diversas adecuaciones constitucionales, legislativas o interpretaciones judiciales que han generado una sofisticación de dicho proceso constitucional.

No obstante, la evolución del amparo encuentra obstáculos culturales, políticos, jurídicos, económicos y sociales que contrarrestan su eficacia en el presente momento histórico. En este trabajo nos ocuparemos de exponer algunas de las dificultades que presenta la evolución y eficacia del juicio de amparo en la actualidad, a pesar de las reformas constitucionales y legales de los últimos tiempos.

II. OBSTÁCULOS EN LA EVOLUCIÓN Y EFICACIA DEL JUICIO DE AMPARO

1. Transición inestable de las transformaciones culturales

El juicio de amparo del siglo XXI está construido sobre los cimientos teóricos, normativos, jurisprudenciales y culturales de la segunda mitad del siglo XX, dominada por lo que se conoce como democracia autoritaria. El autoritarismo generó que el juicio de amparo se construyera de manera tal que el Poder Judicial

² Uno de los ejemplos recientes es el caso de los congelamientos de cuentas sin intervención judicial. Aunque lo cierto es que hay jurisprudencia que los prohíbe. Gordillo, Agustín, "El curioso caso de inconstitucionalidad del acceso a cuentas bancarias sin orden judicial", *El Contribuyente*, 2 de julio de 2019.

³ Hay muchos ejemplos de evolución del amparo. Basta señalar por el momento la apertura del juicio de amparo frente a la omisión legislativa. Maldonado, Leopoldo y Rojas Pruneda, Alejandro, "Amparo por omisión legislativa: algunas reflexiones para el futuro", *Nexus*, El Juego de la Suprema Corte, 23 de noviembre de 2017.

contara con vías de connivencia, escape y evasión para evitar obstaculizar y confrontarse con el poder político controlado por el presidente de la república.⁴

La política judicial de *decidir sin resolver*⁵ —esa estructura descafeinada del juicio de amparo— y la autoinhibición judicial se enseñan en las universidades,⁶ en la escuela judicial y en los propios juzgados a los aprendices judiciales. Hoy en día, muchos juzgadores tienen tatuado en su paradigma jurídico esas formalidades, transmitidas generacionalmente, que en variadas ocasiones ni siquiera se encuentran en la ley, sino que constituyen prácticas del oficio judicial que son transmitidas boca a boca en juzgados y tribunales. Basta señalar como ejemplo, por el momento, las resistencias a las que se ha enfrentado el reconocimiento del derecho a la igualdad de género —en su dimensión sustantiva— en el Poder Judicial de la Federación,⁷ que precisaremos más adelante.

De manera que las ideas, las interpretaciones nuevas y diferentes que se han propuesto legislativa o judicialmente al juicio de amparo son cuestionadas y obstaculizadas por un gran universo de juzgadores y aprendices judiciales que utilizan como parámetro de valoración “la estructura e interpretación tradicional del pasado” del juicio de amparo, como les fue adocinado, en un formato nacido durante la democracia autoritaria —insustancial e inocuo frente a los otros poderes del Estado—, pasando inadvertido que precisamente la finalidad del juicio de amparo radica en su eficacia para la garantía de los derechos y libertades de las personas frente a los tres poderes del Estado constitucional.

La capacitación judicial entra en la ecuación de las transformaciones que reclama el juicio de amparo. Y en la medida en que en las aulas comience a cuestionarse el entendimiento tradicional del juicio de amparo, a la luz de las importantes transformaciones del propio derecho nacional e internacional vigente, podremos ir erosionando el paradigma del amparo-subordinado del pasado. En las aulas de capacitación y a través de sentencias renovadas podríamos comenzar a demostrar que ese paradigma está basado, en gran medida, en creencias judiciales arraigadas, muchas sin sustento normativo, y que existen pensamientos teóricos, del propio

⁴ “Los jueces federales siguen operando con los mismos criterios judiciales propios de un sistema autoritario”. Magaloni, Ana Laura, “Injusticia legalizada”, *Excélsior*, 25 de agosto de 2006.

⁵ Véase Magaloni, Ana Laura, “La política judicial de decidir sin resolver”, en Cuéllar Vázquez, Angélica y Chávez López, Arturo, *Visiones transdisciplinarias y observaciones empíricas del derecho*, México, IJ-UNAM, 2013.

⁶ Véase, en general, Cossío Díaz, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Fontamara, 1998.

⁷ En materia electoral, los ministros de la SCJN —incluidos progresistas como José Ramón Cossío Díaz— se resistieron a reconocer ese principio durante muchos años. Véase Silva García, Fernando y Villeda Ayala, Alfredo, “La equidad de género en materia electoral”, *Cuestiones Constitucionales. Revista de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, núm. 22, enero-junio de 2010, pp. 381-409.

derecho nacional, comparado e internacional, y posturas interpretativas plausibles, de las mismas normas legales, convencionales y constitucionales, que llevan a lugares y a soluciones diferentes, desde perspectivas argumentativas más sofisticadas.

En ese orden de ideas, la evolución del juicio de amparo requiere de una labor constitucional, legislativa, judicial y teórica deconstructiva del pasado autoritario y constructiva para el presente y futuro próximos. No ha sido sencillo. Por ejemplo, la postura tradicional de la última parte del siglo XX llegó a establecer que solamente los jueces del Poder Judicial Federal tenían facultades para efectuar el control judicial de las leyes.

En 2013, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en cumplimiento del caso “Radilla”, se aventuró a modificar dicho entendimiento para señalar que todos los jueces (locales, federales y constitucionales) tienen facultades de control constitucional y convencional de las leyes (con diferentes alcances y efectos). Ese nuevo paradigma no ha podido ser asimilado por el grueso del universo judicial, por la idiosincrasia de los operadores jurídicos, aunado a la producción de decenas de criterios del ala conservadora de la propia SCJN dirigidos a debilitar aquella aportación, considerando la inhibición judicial que dicha “confusión jurisprudencial” ha producido.

En específico, la propia SCJN ha dicho que las restricciones constitucionales expresas prevalecen sobre los derechos humanos de fuente convencional; que la jurisprudencia de la SCJN no debe controlarse bajo parámetros convencionales, y que los tribunales colegiados solo deben ejercer un control de convencionalidad de las leyes procesales (no sustantivas) que sean aplicables en los casos de su conocimiento.⁸ Nadie sabe para quién trabaja, y la jurisprudencia creada por los jueces conservadores dejó campo libre al populismo que en la actualidad ejerce el poder político.

III. TENSIONES ENTRE PODER Y DERECHO

*They must find it difficult, those who have taken authority as truth,
rather than truth as authority.*

GERALD MASSEY

Lógicamente, el juez que se encuentra facultado para resolver los juicios en que el Estado o algún particular es demandado por transgredir derechos humanos

⁸ Véase Silva García, Fernando, “Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año LII, núm. extraord., 2019.

se encuentra también en medio de la tormenta de la vulnerabilidad producto de la globalización, del neoautoritarismo, de la hipercorrupción, de la asimetría tecnológica y del vacío de poder estatal. Eso lo podemos constatar en las actuales presiones que el Ejecutivo ejerce sobre los jueces en materia de competencia económica y telecomunicaciones por sus sentencias en el ámbito del sector energético que han frenado las reformas del presidente Andrés Manuel López Obrador. Si existe o no un derecho humano de las empresas nacionales e incluso multinacionales para explotar el sector eléctrico o los hidrocarburos (áreas estratégicas sujetas a regulación), que además pueda servir de fundamento para suspender una ley con efectos generales en el juicio de amparo, es una cuestión que debe debatirse en el terreno jurisdiccional y no en la arena política, a través de amenazas que directamente constituyan una intromisión al Poder Judicial de la Federación. En ese sentido, es claro que el juzgador que persiga una impartición de justicia imparcial e independiente se encontrará igual de vulnerable que los ciudadanos por el propio contexto raquíutico en que está llamado a buscar la verdad y a decir el derecho.

Desde cierta perspectiva, todo juicio, y en concreto el juicio de amparo, es un proceso dialéctico, contradictorio, que tiene como finalidad la búsqueda de la verdad, para definir la existencia de unos hechos y determinar si con las evidencias y mediante una justificación razonada⁹ se acredita o no una violación de derechos humanos por las autoridades del Estado. El juzgador se enfrenta al Estado. Los jueces y magistrados, en lo individual encargados de resolver esos asuntos, se ven sujetos a esa presión; están solos; tienen diversos incentivos negativos para deshacerse de esos asuntos de interés político gubernamental mediante alguna formalidad procesal o bien para resolver a favor de quien detente el poder en ese momento. El juez muchas veces se plantea si es mejor cobrar su bono e irse de vacaciones tranquilo que enfrentarse al poder que se busca controlar a través de la demanda de amparo.

Algunos autores han observado que la propia existencia de una carrera judicial complica mucho garantizar la impartición de justicia objetiva. Desde cierta

⁹ “De este modo, es claro, en el Estado constitucional de derecho, la jurisdicción, como poder judicial, es función de los derechos fundamentales, ahora norma del máximo rango. Y debe ejercerse por el juez bajo una doble condición de garantía: la representada por lo que se ha convenido en llamar la verdad de los hechos (al margen de la cual sería impensable una decisión justa) y la que se resuelve en un buen conocimiento y una leal aplicación de la legalidad [...]. Tal es la razón de la independencia, que es independencia para la imparcialidad del juicio. Que, según señaló Bobbio, es el trasunto judicial de la neutralidad valorativa del científico [...]. Así concebida, la independencia judicial es una *garantía que sienta las bases, las condiciones de posibilidad, de todas las demás que configuran el estatuto del juez. Es, pues, una meta-garantía*” (énfasis agregado). Ibáñez, Perfecto Andrés, “La independencia judicial y los derechos del juez”, *Seminario Internacional de Independencia Judicial en América Latina*, Bogotá, Dejusticia, 2015.

óptica, cuando los jueces se encuentran en una “carrera” compitiendo por una plaza, por un ascenso, por una ratificación, por un traslado o adscripción, difícilmente tienen incentivos para resolver sin miramientos a quien detenta el poder para lograr esas metas laborales. El juez debe pensar si decide enfrentarse o asociarse con el poder.

Y si bien el carácter transexenal y la descentralización del juicio de amparo en cerca de 1.500 juzgadores en toda la república han sido elementos positivos para una impartición de justicia independiente, finalmente esa descentralización del Poder Judicial termina concentrándose en siete personas, quienes controlan los incentivos de la carrera judicial (concursos, ascensos, traslados, adscripciones, responsabilidades), que en el caso de México es un órgano político: el Consejo de la Judicatura Federal, compuesto por consejeros designados por el Ejecutivo, el Senado y el Poder Judicial. Actualmente inclusive se ha reportado por una diversidad de comentaristas que dicho sistema relativamente equilibrado ha entrado en crisis a partir de la legislación sobre la reelección del presidente de la SCJN y de la mayoría de los consejeros apoyada por el Ejecutivo.

Existe la tentación y el riesgo de que los juicios de amparo de interés gubernamental sean resueltos con criterios de oportunidad política, por causa de la “subordinación política, administrativa y laboral” que los juzgadores –órgano jurídico– tienen frente al Consejo de la Judicatura –órgano político–. En ese sentido, independencia judicial y derecho pueden presentar una relación de dependencia y subordinación frente al poder y la política, lo que se maximizará y generará una contravención de los derechos al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y al recurso efectivo, si se aprobaran aquellas propuestas recientes de eliminar el recurso de revisión frente a las decisiones en materia de concursos, ratificaciones, disciplina, adscripciones, traslados, que emite el Consejo y que son, por fortuna, actualmente del conocimiento de la SCJN.

En alguna ocasión tuve la oportunidad de dar una plática a cincuenta juzgadores de Estados Unidos sobre el funcionamiento del sistema judicial federal mexicano y todas las preguntas que realizaron al final de la exposición mostraban consternación por la incrustación del Consejo de la Judicatura entre los justiciables y los juzgadores, a la luz del principio de independencia judicial. Para Perfecto Andrés Ibáñez, en el sistema jurídico español existe una especie de sujeción del juez al Consejo General del Poder Judicial que incide en la independencia judicial.¹⁰ En el caso de México, es clara la analogía estructural y los riesgos que

¹⁰ “La exigencia de independencia interna en el plano institucional, ya se ha dicho, mira a tutelar a la magistratura frente a sí misma, esto es, al juez frente a cualquier modalidad de presión o

apunta Perfecto Andrés entre los jueces y el Consejo de la Judicatura Federal, a la luz del principio de independencia judicial.

En México existe el riesgo de que la verdad que se busca a través del proceso de amparo pueda sesgarse por el ingrediente político que late como sombra detrás de cualquier juicio de interés gubernamental, lo que vendría a confirmar que el sesgo político es para la justicia lo que el sesgo religioso es para la ciencia: el juicio de amparo en el siglo XXI implica un conflicto permanente: derecho y verdad *vs.* poder y política.¹¹

IV. DEFORMACIÓN JUDICIAL POR INCOMPRESIÓN DEL DERECHO

Los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo.

LUDWIG WITTGENSTEIN

En una ocasión, con mi hija de tres años observé en el aparador de una tienda una calculadora en forma de pie y me dijo: “Mira, Papá, allí hay un pie-teléfono”. Mi hija, nacida en el año 2015, no había visto nunca una calculadora y en cambio conocía y dominaba el uso de los teléfonos inteligentes, de modo que para ella ese aparato con teclas y una pantalla solo podría ser un iPhone. Para mi hija no existen las calculadoras en el mundo, porque no existen en su mente. Wittgenstein

condicionamiento debidos a la intervención de otros jueces situados en posiciones de poder político-administrativo dentro de la propia organización. Se trata de prevenir los bien vistos por Calamandrei como ‘peligros de la carrera’, es decir, favorecidos por el encuadramiento de los profesionales de la justicia en una estructura jerarquizada y vertical, determinante de un impulso hacia arriba, o sea, hacia el lugar del escalafón en el que se hallan ubicados los puestos más idóneos para satisfacer expectativas de promoción, tan legítimas como fácilmente manipulables. También afecta negativamente a la independencia interna en la perspectiva institucional, la creación de cierta carrera paralela administrada de forma ampliamente discrecional por el Consejo, en el uso del poder de atribuir a los jueces encargos extrajudiciales en el *staff* de propio organigrama. Se trata de cargos apetecibles en extremo, porque conllevan una mejora sensible en la retribución; su desempeño es, por lo general, incomparablemente más cómodo y con menos carga de responsabilidad que el propio de la jurisdicción; y, además, abren al favorecido con ellos un campo de relaciones que los sitúa en una posición privilegiada, por razón de proximidad y contacto personal, respecto de quienes gestionan la política de nombramientos; como se sabe, extraordinariamente abierta al juego del tráfico de influencias”, Ibáñez, *op. cit.*

¹¹ El caso “Aristegui” en México podría ilustrar el control de la verdad por el poder. Véase Silva García Fernando y Gómez Sámano, José Sebastián, *El juicio de amparo frente a particulares*, México, Porrúa 2019. Véase La Redacción, “Suspensión de magistrado confirma presión del gobierno en caso Santa Lucía: #NoMásDerroches”, *Proceso*, 11 de octubre de 2019. El triunfo del poder sobre el derecho puede también constatarse en el caso Assange. Jones, Victoria “La ONU considera ‘desproporcionada’ la condena contra Assange en Reino Unido”, *Europa Press*, Internacional, 3 de mayo de 2019.

habla de los límites del lenguaje como límites del conocimiento, del mismo modo que “una taza de té solo podrá contener el volumen de agua propio de una taza, por más que se vierta un litro en ella”, de tal forma que los límites de mi conocimiento son los límites de mi mundo.

Así, cuando muchos de los jueces formalistas del pasado deben resolver casos de una complejidad importante (globalización, tecnología, género, delincuencia organizada, migración, corrupción, derechos humanos), las decisiones y sentencias que tienden a emitir evidencian, por regla general, la estrechez de los conocimientos formalistas que aprendieron boca a boca en el oficio judicial, sin poder llegar a soluciones de mayor sofisticación, por falta de herramientas intelectuales con que afrontar la complejidad argumentativa de los juicios del siglo XXI. El juez formalista solo puede ver reglas, no principios; realiza subsunciones, nunca ponderaciones.

En una ocasión, el conductor de un taxi se quejaba de una noticia que estábamos escuchando en la radio, en la que señalaban que un juez de amparo penal había ordenado la liberación de una persona detenida acusada de secuestro, por falta de pruebas. El taxista afirmaba que el juez era cómplice por liberar al secuestrador. Comencé a mencionarle que la idea de la puerta giratoria en materia penal es relativa y que los jueces están obligados por el sistema jurídico a respetar la presunción de inocencia. Si no hay pruebas, no debe haber personas presas. Le expliqué que el juez de amparo no dejó libre al secuestrador, sino que ordenó liberar a una persona acusada, señalada como secuestrador, respecto de la que todavía no se acreditaba –con pruebas– su participación en el secuestro. Al llegar al destino, el taxista continuaba afirmando que el amparo solo sirve para liberar a rateros y secuestradores.

Muchos juzgadores comparten y aplican sin cuestionamientos el autoritarismo penal vigente en nuestro país,¹² como lo haría el conductor de taxi, todavía en el siglo XXI. La idiosincrasia de gran parte de la sociedad y de muchos juzgadores consiste en invertir la presunción de inocencia y crear una presunción de culpabilidad, lo que da lugar a aplicar las restricciones a la libertad personal en forma anticipada (detener para después investigar); encarcelar, por si acaso, en forma previa al descubrimiento de la responsabilidad y de la verdad penal. Así, por ejemplo, la gran mayoría de jueces penales y la propia SCJN han llegado a validar la figura del arraigo penal, y miran hacia otro lado cuando se trata de operar judicialmente la prisión preventiva oficiosa: esa es la normalidad institucional dentro del ámbito judicial en donde el derecho fundamental a la libertad personal tiene restricciones arbitrarias propias de cualquier régimen autoritario.

¹² Magaloni, Ana Laura, “Regresión autoritaria”, *Reforma*, 18 de enero de 2020.

En el caso *López Álvarez vs. Honduras* (2006), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) resolvió que es inconveniente la actuación del Estado cuando la prisión preventiva se sustenta en abstracto por el tipo de delito imputado, sin justificarse en la valoración de las pruebas y de los elementos que concurran en el caso concreto, lo que tiende a desautorizar todo nuestro sistema constitucional penal, sustentado en la prisión preventiva oficiosa, así como el sistema de medidas cautelares (suspensión penal) previsto en la Ley de Amparo, en donde el efecto de la suspensión es, por regla general, “que el quejoso quede en cuanto a su libertad personal a disposición del juez constitucional” (?!). Incluso en países del primer mundo, en casos de interés gubernamental, esa es la regla general, según lo evidencia el caso *Assange*,¹³ por ejemplo.

V. LA CONCEPCIÓN DE LA “TÉCNICA DEL JUICIO DE AMPARO”

COMO FIN EN SÍ MISMO

En las últimas décadas del siglo XX, en el Poder Judicial Federal tuvo auge una concepción del juicio de amparo como fin en sí mismo, a partir de una narrativa que entendía que se trata de un proceso intelectualmente inaccesible y comprendido por muy pocos juristas pertenecientes a una supuesta “élite jurídica” en el país, lo que dio lugar a lo que se denomina la “técnica del juicio de amparo”, que no es otra cosa que una serie de reglas procesales, muchas de ellas sin base legal alguna, dirigidas centralmente a contrarrestar el impacto del amparo en beneficio de los poderes públicos.¹⁴ Así, por ejemplo, se creó la tesis que señala que el interés jurídico del quejoso debe acreditarse *fehacientemente*, se diseñó el criterio de que es improcedente el amparo frente a los actos *derivados* de otros consentidos, se construyó la idea de que es improcedente el juicio frente a actos *consumados* en forma irremediable, así como la regla general de que el amparo es de “estricto derecho”, entre otros dogmas.

El problema no es que existan presupuestos y reglas para racionalizar el proceso de amparo, sino que muchos juzgadores han abusado de esas reglas procesales y, mediante interpretaciones inadecuadas y expansivas, lo han vaciado de contenido, debilitando su función y su finalidad; en consecuencia, han transgredido los derechos humanos en cada caso que ello ocurre. En una ocasión un juez

¹³ *Europa Press*, “La ONU afirma que la detención de Julian Assange fue ‘ilegal’”, *La Vanguardia*, 4 de febrero de 2016; Greenslade, Roy, “Press freedom is at risk if we allow Julian Assange’s extradition”, *The Guardian*, 2 de febrero de 2020.

¹⁴ Véase Magaloni, “La política judicial”, *cit.*

con orgullo me comentó que habría encontrado más de 70 diferentes causales de improcedencia en la Constitución y en la Ley de Amparo.

Ese estado de cosas, además, se ha visto estimulado por el Consejo de la Judicatura Federal por causa de la llamada estadística judicial, que fomenta que los juzgadores que mejor productividad tienen (cantidad de asuntos que resuelven) sean premiados con puntos para acceder a ratificaciones, concursos, adscripciones o traslados. En buena medida, ese sistema judicial cuantitativo ha generado que muchos juzgadores emitan sentencias sin abordar el tema de fondo sustentando la decisión en alguna formalidad procesal sencilla con el fin de evadir el análisis de temas jurídicos de interés gubernamental o tortuosos, para así emitir el mayor número de decisiones superficiales, sin resolver en lo sustantivo los conflictos.¹⁵ De este modo, sin desgastarse, consiguen obtener el mayor puntaje cuantitativo posible para la carrera judicial. En algunos casos, inclusive, es posible advertir que los primeros lugares de la “estadística judicial” los ocupan los jueces que más evaden los pronunciamientos jurisdiccionales de fondo, de manera que los criterios de la estadística judicial en su versión tradicional confunden “productividad” con el trabajo judicial sustantivo y fomentan la denegación de justicia.¹⁶

De pronto, en el ambiente de los juzgados y tribunales resulta más importante y más valorada “intelectualmente” la productividad cuantitativa y la construcción de precedentes relacionados con la llamada “técnica del juicio de amparo” (desechamientos, causales de improcedencia, sobreseimientos, inoperancias, laberintos y trampas procesales) que la construcción de criterios sustantivos de fondo para optimizar la tutela judicial efectiva de los derechos y libertades del quejoso. El resultado es que muchos asuntos de vital importancia no han podido resolverse y una diversidad de derechos humanos no han podido desarrollarse en los precedentes ni garantizarse en forma adecuada a través del medio procesal constitucional creado para tal fin.

Esa percepción pseudointelectual del juicio de amparo como técnica debe cuestionarse. Debemos ser capaces de interpretar en forma estricta y proporcional esas causales de improcedencia optimizadas en la época autoritaria de nuestro país (muchas de ellas sin base legal alguna). Debemos tener claro que los derechos configuran el juicio de amparo y no es el juicio de amparo el que configura los derechos. El juicio de amparo es un medio que debe servir para salvaguardar en forma eficaz los derechos y libertades de las personas: es un medio, no un fin en sí

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Silva García, Fernando y Medina Carrillo, María del Carmen, “Estadística judicial vs. Acceso a la justicia”, en Cossío Díaz, José Ramón, *Innovación Jurídica*, México, Tirant Lo Blanch, 2019.

mismo. En ese orden de ideas, el juicio de amparo en el siglo XXI debe dirigirse a la revisión de los dogmas creados en la época de la “técnica del amparo”, a fin de cuestionar muchos de sus alcances, a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido nacional e internacionalmente.

VI. EL DERECHO COMO INTEGRIDAD: LA DIMENSIÓN DESCONOCIDA PARA EL JUEZ FORMALISTA

Podemos mirar el mundo que nuestra mente nos permite ver.

PÍNDARO

Como ha desarrollado la doctrina académica, la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos irradian a todo el sistema jurídico, de manera que constituyen *normas-parámetro*, al tiempo que se ubican como *normas-contenido*, aplicables directamente en todos los asuntos del conocimiento de los jueces y tribunales, con mayor razón en el juicio de amparo, cuyo objeto precisamente consiste en garantizar los derechos humanos de las personas frente al Estado.¹⁷ En ese sentido, la construcción de la argumentación de las sentencias de amparo debe realizarse desde la cúspide (Constitución-tratados) hacia las fuentes del derecho secundarias (leyes, reglamentos, normas administrativas, etcétera), de modo que los contenidos, la teleología y el ingrediente democrático-sustantivo¹⁸ –los frag-

¹⁷ Véanse los precedentes que generaron la jurisprudencia: “Principio de interpretación de la ley conforme a la constitución. La aplicación del principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige del órgano jurisdiccional optar por aquella de la que derive un resultado acorde al Texto Supremo, en caso de que la norma secundaria sea oscura y admita dos o más entendimientos posibles. Así, el Juez constitucional, en el despliegue y ejercicio del control judicial de la ley, debe elegir, de ser posible, aquella interpretación mediante la cual sea factible preservar la constitucionalidad de la norma impugnada, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación del orden jurídico”. Amparo en Revisión 268/2007, 27 de junio de 2007, cinco votos, ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, secretarios: Estela Jasso Figueroa, Fernando Silva García y Alfredo Villeda Ayala; Contradicción de Tesis 123/2008-SS, 12 de noviembre de 2008, cinco votos, ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, secretario: Eduardo Delgado Durán; Amparo en Revisión 1155/2008, 21 de enero de 2009, cinco votos, ponente: Mariano Azuela Güitrón, secretario: Ricardo Manuel Martínez Estrada; Amparo en Revisión 2101/2009, 11 de noviembre de 2009, unanimidad de cuatro votos, ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, secretario: Alberto Miguel Ruiz Matías; Amparo en Revisión 696/2010, 13 de octubre de 2010, unanimidad de cuatro votos.

¹⁸ Véase también Dworkin, Ronald, *Law As Integrity: Rights As Principles of Adjudication*, Nueva York, Edwin Mellen Press, 1996.

mentos de soberanía popular¹⁹— de los derechos constitucionales y convencionales sean garantizados en todo momento por los tribunales y jueces de amparo.

Sin embargo, en la práctica judicial del amparo en muchas ocasiones esa perspectiva es una dimensión desconocida, sobre todo para el juez formalista. En mi experiencia jurisdiccional, el juzgador formalista prefiere resolver los juicios de amparo mediante una metodología que podríamos describir como una pirámide kelseniana invertida, en donde las cláusulas contractuales, las normas administrativas, reglamentarias y legales son preferentes para resolver el caso concreto, todo ello a espaldas de la Constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, a pesar de que el proceso de amparo conlleva, precisamente, una demanda que exige el respeto y garantía de los derechos fundamentales de la parte promovente.

Asimismo, los juzgadores representantes del formalismo judicial incluso en nuestros días resuelven los juicios de amparo mediante la aplicación preferente y exclusiva del método de subsunción derivado de las reglas contractuales, reglamentarias y legales aisladas, sin integrar ni considerar, además, ni el método de la ponderación con respecto a los principios jurídicos ni, en consecuencia, los derechos humanos sustantivos aplicables en la ecuación jurisdiccional que exige el caso concreto. Desde esa perspectiva, el juzgador formalista considera que los derechos humanos deben aplicarse en el juicio de amparo en forma subsidiaria, sea cuando las reglas legales son inexistentes o insuficientes para resolver el asunto —para colmar lagunas— o bien cuando las reglas legales brindan una solución coincidente con los derechos humanos aplicables en el caso concreto —para adornar la decisión judicial—. En ese sentido, el juzgador formalista y tradicional hace referencia a derechos y principios, en ocasiones, cuando la regla legal que ya eligió para resolver el caso coincide en su sentido con ellos, modelo decisorio formalista que podríamos denominar *falacia de la subsidiariedad*.

En ese orden de ideas, hemos encontrado en la experiencia judicial que el juez formalista solo acude al garantismo en el discurso, en las aulas o en Twitter y tiende a considerar los derechos humanos como normas subsidiarias aplicables exclusivamente cuando no existen reglas legales para resolver los asuntos o, en todo caso, cuando la regla legal elegida previamente para resolver el conflicto puede complementarse con los derechos humanos cumpliendo estos una función ornamental.

En esa línea, el juez formalista no suele tener precedentes o sentencias de amparo en que haya aplicado el principio *pro persona*, porque nunca ha reconocido la

¹⁹ El concepto de Ferrajoli presente en toda su obra.

existencia de dos o más interpretaciones posibles ni de contradicciones normativas. Para el operador judicial formalista no hay esas antinomias, pues la regla legal que previamente ha elegido para resolver el asunto es la norma que, sin competir con otras, en su cosmovisión, resulta plenamente aplicable al caso, siendo irrelevantes las demás reglas y principios relacionados, por ser, para su comodidad, inaplicables para resolver el asunto de su conocimiento.

Ese modelo decisorio del juez formalista, incluso en el juicio de amparo, conlleva que en sus decisiones primen las reglas legales frente a los derechos humanos, de modo que, cuando existen reglas legales aplicables para resolver el caso concreto, resulta innecesario acudir a las normas constitucionales o convencionales relevantes para que mediante su integración se solucione el caso concreto, porque la existencia de reglas legales aplicables significa para el juez del pasado que el juicio de amparo en realidad “no es un asunto de derechos humanos”, lo que resulta insólito, si se considera que el objeto del juicio de amparo que tiene sobre el escritorio es la garantía de esos derechos y libertades.

Esa falta de integralidad y completitud del paradigma formalista es relevante, porque, lógicamente, cuando el juzgador excluye de la ecuación jurisdiccional los derechos humanos de la parte quejosa llega a soluciones muy distintas de las que arrojaría la consideración preferente de los derechos y libertades que la persona promovente pretende reivindicar a través del juicio de amparo.

El juez de amparo no debe resolver los asuntos de su conocimiento mediante la aplicación de las reglas aplicables excluyendo las normas sobre derechos humanos relevantes y escondiéndolas debajo de la alfombra judicial. El juez de amparo no solo debe, por un lado, interpretar las reglas legales aplicables conforme a los contenidos de los derechos humanos relevantes, sino también, por otro lado, ponderar e integrar reglas y derechos humanos aplicables, en forma sistémica, de manera tal que se evite un pronunciamiento judicial incompleto derivado de una aproximación gramatical de las reglas legales de la controversia jurídica. Esa aproximación integral arrojará soluciones diferentes de la mera subsunción aislada de las reglas legales aplicables al caso concreto. Por esa razón los jueces constitucionales tienen un estatus y una cualificación especial, porque los métodos decisorios de su actuación no equivalen a los de aquellos juzgadores de la mera legalidad ordinaria.

Los asuntos de género son una muestra de ese estado de cosas. Creo que tenemos como Poder Judicial una serie de desafíos todavía en los temas de género que tienen su origen, por un lado, en los prejuicios culturales que todos seguimos teniendo en torno a la igualdad entre hombres y mujeres y, por otro lado, en los prejuicios jurídicos derivados sobre todo de nuestra tradición formalista. En relación con estos interrogantes, yo he identificado, cuando menos, tres malas

prácticas judiciales en mi experiencia jurisdiccional. La primera tiene que ver con esta afirmación típica de los operadores judiciales en donde el juez formalista dice de manera superficial que el asunto “no es de género” y que, por tanto, es inconducente aplicar todos los estándares particulares que operan en esos asuntos. Y hay una frase hecha del juez formalista que señala, por ejemplo: “del contenido de los actos reclamados no se advierte que vayan dirigidos a afectar a la mujer por el hecho de serlo”. Y con esas fórmulas mágicas de machote solemos abandonar la perspectiva de género, nos desentendemos de las cargas y de los estándares de prueba singulares que allí deben operar; descafeinamos el asunto de la motivación judicial reforzada que es aplicable, de la interpretación conforme que debe operar en estos casos, etcétera.

La segunda mala práctica que quiero destacar consiste en esta afirmación del juzgador ortodoxo a través de otra fórmula de machote que señala que “los presupuestos y las figuras procesales deben aplicarse irremediamente, aunque estemos en presencia de asuntos de género o *pro persona*”. Es una mala práctica jurisdiccional que cree que las reglas procesales priman sobre el género o los derechos humanos. Resulta una obviedad que los presupuestos procesales deben respetarse en los procesos judiciales, solo que esas reglas secundarias adquieren una significación diferente cuando se interpretan acorde al principio *pro actione*. Así, por ejemplo, en alguna ocasión en el juzgado conocimos de una demanda de amparo presentada fuera del plazo de 15 días que, por regla general, tienen los justiciables para iniciar ese proceso constitucional. Sin embargo, en dicho asunto, relacionado con negligencia médica en perjuicio de una mujer que acababa de dar a luz, se encontraba en peligro la vida del bebé, lo cual nos condujo a interpretar que el asunto se ubicaba en el supuesto de riesgo de privación de la vida a que alude la Ley de Amparo, en cuyo caso la demanda puede promoverse en cualquier tiempo.

La tercera falacia judicial consiste en pensar que los derechos humanos y el género son supletorios a las reglas legales, a esta idea judicial que afirma que las reglas legales o la jurisprudencia aplicable para resolver un asunto deben prevalecer sobre la condición de la mujer, lo que ilustra la expresión “ni modo que le demos el amparo a la mujer solo por el hecho de serlo”. Y aquí yo encuentro que tenemos distintos retos y desafíos a partir de este contexto.

El primer reto consistiría en la capacitación judicial para dotar a los operadores jurídicos de la facultad de categorizar los asuntos cuando presenten aristas relevantes en los temas de derechos humanos y de perspectiva de género. Creemos todavía en el siglo XXI que para que un asunto sea de género debe haber una mujer embarazada o violentada, y el agresor debe confesar que lo hizo porque odia a las mujeres. En alguna ocasión me tocó conocer como juez de amparo familiar de

un asunto en el que la autoridad responsable abordaba la cuestión como un tema ordinario de pensión alimentaria con las reglas tradicionales. En el caso concreto el deudor alimentario les había dejado de pagar, a medio curso, las colegiaturas a sus hijas en un colegio privado y había pruebas que acreditaban que el deudor alimentario contaba con cerca de 70 millones de pesos en sus cuentas. Para unos jueces formalistas esto es un asunto familiar cotidiano y otros pensamos que es un asunto de violencia de género. Uno de los grandes retos que tenemos en el Poder Judicial radica en transmitir y capacitarnos como operadores jurídicos para incorporar el tema de la perspectiva de género *de modo transversal* en todos los ámbitos materiales del derecho. Los derechos humanos y la perspectiva de género no son materia judicial independiente. Se trata más bien de una condición de validez que irradia a todos los ámbitos materiales judiciales: penal, mercantil, laboral, agrario, electoral, familiar, etcétera. Esto es un reto muy importante que parece obvio, pero en la práctica judicial mayoritaria lamentablemente no lo vemos así todavía.

El segundo reto tiene que ver con la comprensión de la cualidad transformadora que los derechos humanos y el género producen en el ordenamiento jurídico secundario. Voy a poner un ejemplo. Hace ya algunos años nos tocó conocer de un amparo que promovió una niña por matoneo (*bullying*) en una escuela pública. Se admitió la demanda y se decretaron medidas cautelares en el juicio de amparo. La quejosa –una niña de 12 años– reclamaba omisiones de la escuela de la Secretaría de Educación Pública (SEP) para adoptar medidas para prevenir y erradicar el matoneo –producido por un niño de esa misma edad (otra víctima)– que amenazaba con vidrios a la niña quejosa y a otros– con diversos fines, como tocamientos sexuales. En el juicio de amparo la perspectiva de género y los derechos humanos nos orillaron a transitar de la suspensión en el juicio de amparo como medida cautelar exclusivamente paralizadora, a un nuevo paradigma de la suspensión que incorpora la posibilidad de emitir medidas cautelares positivas, que se dirigieron a darle a elegir a la niña la posibilidad de cambiarse de grupo y de contar con una maestra encargada de observar, prevenir e informarse sobre las conductas problemáticas en el contexto escolar de la niña quejosa, en orden a prevenir la conducta que afectaba la integridad personal de la niñez, entre otras medidas educativas en ese sentido. Esa sentencia se cumplió en sus términos. Vemos aquí esta cualidad del género y de los derechos humanos de reformular las figuras procesales –la suspensión en amparo– para adquirir una dimensión nueva y más robusta con que alcanzar los fines del juicio de amparo. Esta cualidad normativa del género y de los derechos no es comúnmente visible para el juez tradicional. En ese asunto, la respuesta del juez ortodoxo hubiera sido en el sentido de negar la suspensión porque “carece de efectos restitutorios” o la

típica respuesta en el sentido de que “es improcedente la suspensión frente a actos omisivos o negativos”, con base en estas clasificaciones superadas que ya todos conocemos. En suma, debemos tener claro que uno de los retos que conllevan el género y los derechos radica en su capacidad transformadora de la concepción tradicional de los diferentes institutos y figuras jurídicas en el ordenamiento. El género y los derechos—cuando son aplicados en forma efectiva—gestan y originan necesariamente esta reformulación de figuras en su concepción tradicional. Años después, la SCJN generó diversas tesis sobre *bullying* escolar y sobre medidas cautelares frente a las omisiones reclamadas en las demandas de amparo.

En ese orden de ideas, un tercer desafío relacionado radica en que los operadores jurídicos debemos poder comprender la influencia normativa de los derechos y del género sobre el contenido de las fuentes del derecho. Existe una necesidad de capacitarnos como juzgadores para que en la aplicación de las reglas del derecho secundario tengamos las herramientas argumentativas y metodológicas mediante las cuales incorporar, en clave de integración, la perspectiva de género. En ocasiones, si aplicamos las reglas de ley en forma aislada, llegamos a una determinada solución jurídica, pero si a esa aplicación gramatical le incorporamos el ingrediente de género dentro de la ecuación judicial llegamos a soluciones diametralmente diferentes. En alguna ocasión nos tocó resolver un asunto laboral sobre el despido de una profesora de la SEP por tres faltas consecutivas injustificadas; se trataba, en principio, de un asunto de mera aplicación de reglas jurídicas. Empero, la revisión cuidadosa del contexto revelaba que se trataba de una profesora con tres hijos, recién separada y divorciándose, y se ausentó durante una época en que transcurría una controversia judicial familiar, de modo que se trataba de un asunto de género. El contexto para la profesora era el siguiente: “tengo que ir al juzgado familiar, debo asistir a trabajar, no tengo una persona que cuide a los niños, no tengo a una persona que los recoja de la escuela, no tengo suficientes recursos económicos”. La postura tradicional o formalista en estos casos suele afirmar que carece de todo fin práctico aplicar la perspectiva de género, porque lo cierto es que se actualizan las tres faltas injustificadas que confirmarían la causal de despido a partir de una actividad de mera subsunción derivada de la aplicación judicial de las reglas legales en materia laboral. Es decir, para esta postura judicial formalista, cuando hay reglas legales para resolver los asuntos, resulta inútil e inadecuado acudir a los derechos humanos y a la perspectiva de género. Esto no es ficción, pues así se resolvió el asunto convalidando el laudo que validaba el despido. Entonces el reto es capacitar a los juzgadores a fin de evidenciar que los derechos y la perspectiva de género les otorgan a las reglas legales un contenido distinto. Las reglas legales cambian de significado cuando son leídas

–integradas– en un contexto de género. Cuando los jueces entendemos esto, esas herramientas nos permiten llegar a soluciones más sofisticadas y acordes a estas condiciones de validez derivadas del género.

En mi opinión, en el caso concreto, se generaban otras posibilidades: 1) conceder el amparo a la trabajadora para que el tribunal responsable repusiera el procedimiento, a efecto de allegarse de las documentales que acreditaran las controversias en materia familiar y con el fin de valorar si resultaban pertinentes para justificar sus inasistencias; o bien 2) conceder el amparo a la trabajadora para que el tribunal responsable –ante esos indicios– invirtiera –o al menos distribuyera– la carga de la prueba también en el patrón –en torno a la justificación o no de las inasistencias–, máxime cuando la existencia y las fechas del proceso familiar podrían constatarse fácilmente, por tratarse de una actuación pública. En suma, los jueces debemos capacitarnos para entender que los derechos y el género no son ornamentos supletorios que sean aplicables a falta de reglas legales, sino que, por el contrario, los derechos y el género tienen una carga normativa capaz de transformar la significación ortodoxa de las reglas legales aplicables en los casos concretos.

Siguiendo ese orden de ideas, resulta vital igualmente llegar a la comprensión de la influencia normativa de los derechos y del género sobre el contenido de la propia jurisprudencia constitucional. Muchas veces jueces y magistrados tenemos la intención de resolver algún asunto con perspectiva de género, pero que creemos que “ya hay jurisprudencia obligatoria”. Muchos jueces decimos: “a nada práctico conduciría aplicar la perspectiva de género, porque en este tipo de asuntos ya hay jurisprudencia de la Suprema Corte que regula el tema respectivo”.

Hace unos años me tocó conocer del asunto sobre una funcionaria que había denunciado a su jefe por acoso sexual en la vía disciplinaria. La SCJN tiene jurisprudencia en el sentido de que el denunciante de una responsabilidad disciplinaria carece de interés jurídico para ser “parte procesal” en ese procedimiento y, por tanto, para promover amparo contra las actuaciones desfavorables en ese procedimiento disciplinario. Sin embargo, los derechos y el género tienen esta cualidad normativa para reordenar e integrar todo el sistema de fuentes del derecho, incluida la jurisprudencia. La jurisprudencia no es un punto de llegada, es un punto de partida para la construcción de las soluciones jurídicas complejas. Debemos tener claro los jueces que los asuntos difíciles se deben resolver mediante la integración sistémica de un cúmulo de reglas, de principios y de jurisprudencias (diversas, incluidas las de género). Debemos tener la capacitación judicial para saber que la jurisprudencia sobre género de la Corte debe integrarse a la jurisprudencia preexistente sobre distintas cuestiones de legalidad ordinaria y que

esa integración arrojará soluciones diferentes de aquellas que brinda la aplicación acrítica y aislada de las tesis en los casos concretos. Mediante esa integración de una diversidad de criterios de la SCJN y de la Corte IDH –en ese asunto– a través de la figura del *distinguishing* llegamos a la conclusión de que la mujer que denuncia acoso en un procedimiento disciplinario sí cuenta con interés jurídico para acudir al juicio de amparo y tiene derecho a ser parte en el procedimiento administrativo, porque este tiene como materia tanto temas de interés público como temas relacionados con la integridad personal de la parte denunciante. Esa sentencia fue confirmada y cumplida en sus términos. Cinco años después, la SCJN modificó la jurisprudencia para entender actualmente que el denunciante de una queja disciplinaria es parte en el procedimiento respectivo.

A partir del nuevo paradigma de los derechos y de la perspectiva de género se ha producido una reordenación de todo el sistema jurídico. Los jueces debemos estar capacitados para entender que el contexto histórico transforma la significación abstracta de las fuentes del derecho. Asimismo, los jueces debemos estar capacitados y preparados para cuestionar tanto la formulación del derecho como la aplicación e interpretación de todas las fuentes del derecho vigentes. Cuando el derecho primario o secundario se mira a través del prisma del género adquiere una significación diferente que nos permite llegar a soluciones también muy distintas de aquellas a las que solemos llegar a través de la aplicación aislada de la ley y de la propia jurisprudencia. El juez en la actualidad debe tener esta libertad y esta autonomía de cuestionar, de integrar y de reformular la aplicación e interpretación del derecho en su modo tradicional, para llegar a soluciones divergentes que, mediante medidas positivas, reparen los desequilibrios históricos, especialmente el de la mujer, en una inmensidad de contextos.

Todos esos ejemplos sobre derechos humanos y género son útiles para evidenciar que el derecho, como integridad, es una *dimensión desconocida* para el juez formalista. Desde mi punto de vista, en los casos en que la lectura aislada de alguna fuente jurídica tienda a producir soluciones judiciales contrarias al sistema jurídico aplicable, existe el deber de los órganos jurisdiccionales de realizar una armonización de las normas (constitucionales, convencionales, legales y jurisprudenciales) en tensión, a fin de que todas esas normas aporten un contenido de su teleología normativa para resolver el asunto, por lo que en esos supuestos debemos descartar la aplicación fragmentada y aislada del orden jurídico a favor de una sola de esas normas jurídicas, para resolver el caso “haciendo como que no existen” las demás normas que resultan aplicables.

En *El derecho dúctil*, Zagrebelsky nos enseña que es tarea del juez constitucional, en el ejercicio de sus atribuciones de control, realizar una ponderación de

los valores que están en juego en cada caso concreto y establecer una relación proporcional entre ellos, con el fin de que tengan eficacia todos, aun cuando alguno deba ceder en cierto grado en función de otro, pues la coexistencia de valores y principios que conforman nuestro sistema jurídico exige que cada uno se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos que también fueron considerados por el constituyente y el legislador, lo cual es conforme con el principio de unidad de nuestro orden jurídico y con la base pluralista que lo sustenta.²⁰

VII. BIBLIOGRAFÍA

- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Fontamara, 1998.
- DWORKIN, Ronald, *Law as integrity: Rights as principles of adjudication*, Nueva York, Edwin Mellen Press, 1996.
- EUROPA PRESS, “La ONU afirma que la detención de Julian Assange fue ‘ilegal’”, *La Vanguardia*, 4 de febrero de 2016. <https://www.lavanguardia.com/internacional/20160204/301894976862/onu-detencion-julian-assange-ilegal.html>
- GORDILLO, Agustín, “El curioso caso de inconstitucionalidad del acceso a cuentas bancarias sin orden judicial”, *El Contribuyente*, 2 de julio de 2019. <https://www.elcontribuyente.mx/2019/07/el-curioso-caso-de-inconstitucionalidad-del-acceso-a-cuentas-bancarias-sin-orden-judicial/>
- GREENSLADE, Roy, “Press freedom is at risk if we allow Julian Assange’s extradition”, *The Guardian*, 2 de febrero de 2020. <https://www.theguardian.com/media/2020/feb/02/press-freedom-is-at-risk-if-we-allow-julian-assanges-extradition>
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “La independencia judicial y los derechos del juez”, en Seminario Internacional de Independencia Judicial en América Latina, Dejusticia, Bogotá, 2015. <https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/cursososp/2015/seminaindependenciaieim-parcialidad/material/Perfecto-A-Final.pdf>
- JONES, Victoria, “La ONU considera ‘desproporcionada’ la condena contra Assange en Reino Unido”, *Europa Press*, Internacional, 3 de mayo de 2019. <https://www.europapress.es/internacional/noticia-onu-considera-desproporcionada-condena-contra-assange-reino-unido-20190503160210.html>
- LA REDACCIÓN, “Suspensión de magistrado confirma presión del gobierno en caso Santa Lucía: #NoMásDerroches”, *Proceso*, 11 de octubre de 2019. <https://www.proceso.com.mx/602764/suspension-de-magistrado-confirma-presion-del-gobierno-en-caso-santa-lucia-nomasderroches>
- MAGALONI, Ana Laura, “Injusticia legalizada”, *Excelsior*, 25 de agosto de 2006.

²⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, 2003, Trotta.

- MAGALONI, Ana Laura, “La política judicial de decidir sin resolver”, en CUÉLLAR VÁZQUEZ, Angélica y CHÁVEZ LÓPEZ, Arturo, *Visiones transdisciplinarias y observaciones empíricas del derecho*, México, IIJ-UNAM, 2013. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3618/15.pdf>
- MAGALONI, Ana Laura, “Regresión autoritaria”, *Reforma*, 18 de enero de 2020.
- MALDONADO, Leopoldo y ROJAS PRUNEDA, Alejandro, “Amparo por omisión legislativa: algunas reflexiones para el futuro”, *Nexos*, El Juego de la Suprema Corte, 23 de noviembre de 2017. <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7073>
- SILVA GARCÍA, Fernando y VILLEDA AYALA, Alfredo, “La equidad de género en materia electoral”, *Cuestiones Constitucionales. Revista de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, núm. 22, 2010, pp. 381-409. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/CuestionesConstitucionales/indice.htm?n=22>
- SILVA GARCÍA, Fernando, “Control de convencionalidad en México: Transformaciones y desafíos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año LII, núm. Extraordinario, 2019. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/articulo/view/13260>
- SILVA GARCÍA, Fernando y MEDINA CARRILLO, María del Carmen, “Estadística judicial vs. Acceso a la justicia”, en COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Innovación jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2019.
- SILVA MEZA, Juan N. y SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos fundamentales*, 3 ed., México, Porrúa, 2019.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, 2003, Trotta.

Jurisprudencia

- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Amparo en Revisión 268/2007, 27 de junio de 2007.
- SCJN, Amparo en Revisión 1155/2008, 21 de enero de 2009.
- SCJN, Amparo en Revisión 2101/2009, 11 de noviembre de 2009.
- SCJN, Amparo en Revisión 696/2010, 13 de octubre de 2010.
- SCJN, Contradicción de Tesis 123/2008-SS, 12 de noviembre de 2008.

6.

LA DEFENSA NO JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

VISIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS HUMANOS DESDE LA PRAXIS DE LOS ORGANISMOS NO JURISDICCIONALES DE PROTECCIÓN

Luis Raúl González Pérez*

RESUMEN

La reforma constitucional de derechos humanos de 2011 impuso nuevas exigencias a la forma en que los organismos no jurisdiccionales de protección conciben, argumentan e interpretan el ordenamiento jurídico. Este ensayo expone los impactos de dicha reforma en la actividad de estas entidades de protección en México. Tras hacer un balance de los cambios introducidos al articulado constitucional, demuestra que la reforma de 2011 transformó radicalmente la realidad institucional del país. Así, al adoptar la interpretación de la norma conforme a los tratados internacionales y el principio *pro persona* como obligación de los organismos no jurisdiccionales de protección, fortaleció la figura del *ombudsperson* como órgano protector de los derechos humanos y contribuyó a la depuración del sistema jurídico mexicano.

I. EL NUEVO PARADIGMA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Diez años han transcurrido desde que el 10 de junio de 2011 se publicara en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma a la Constitución política en materia de derechos humanos, la que se ha calificado como la más trascendente y se ha visto como un parteaguas en nuestro sistema jurídico, por las implicaciones profundas que conlleva, toda vez que representó un cambio de perspectiva en

* Catedrático, Facultad de Derecho Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Coordinador del Programa Universitario de Derechos Humanos UNAM. Expresidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Irgonzalezp@unam.mx

la concepción, interpretación, argumentación y aplicación de los derechos humanos en nuestro país.¹

Lo anterior ha motivado una serie de reflexiones en torno a dicha reforma en diferentes ámbitos, como la academia, sociedad civil y la judicatura, para conocer las transformaciones que ha experimentado nuestro sistema jurídico y el reflejo que ha tenido en la práctica cotidiana, toda vez que trajo consigo cambios muy importantes, tanto en el contenido sustantivo de diversos derechos así como en los instrumentos de garantía. En el ámbito jurídico, las reformas mencionadas han obligado a todos los operadores jurídicos del país a reelaborar las interpretaciones de las leyes y demás elementos jurídicos, como el conocimiento de la totalidad de fuentes que reconocen y desarrollan derechos humanos, requiriendo el máximo de nuestras habilidades, aprendizaje y actualización constantes, sensibilidad y compromiso social renovados.

En los primeros momentos de la reforma se focalizó la atención de estos cambios en los órganos jurisdiccionales, pues fueron los tribunales los que se encargaron de definir en sus sentencias el alcance de esta reforma, como las decisiones adoptadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) al resolver el caso Varios 912/2010 y la Contradicción de Tesis 293/2011,² relacionados con el caso “Rosendo Radilla” concerniente al cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Estas decisiones ayudaron a la implementación de la reforma y a la eficaz armonización del derecho internacional en materia de derechos humanos y el orden jurídico nacional y pasaron a formar parte del cambio cultural en nuestro país dentro del régimen constitucional respetuoso de los derechos humanos.

II. REFORMA DEL ARTÍCULO 1O.

La reforma en derechos humanos significó la modificación de once artículos del texto constitucional. Estos cambios fueron más allá de los ajustes normales que implica cualquier reforma, porque, como se ha dicho, significó un parteaguas en nuestro sistema por las implicaciones profundas que conlleva. En términos prácticos, el mayor impacto de la reforma recayó en el artículo 1o. constitucional,

¹ Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.

² El 3 de septiembre el Pleno de la Suprema Corte de Justicia resolvió por mayoría de 10 votos la Contradicción de Tesis 293/2011. El tema de esta era determinar la relación de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales celebrados por México, a efecto de lograr la protección más amplia de las personas.

siendo la que más ha acaparado la atención, al modificarse en sus párrafos 1 y 5 y adicionar dos párrafos –2 y 3– estableciendo las bases para la reorientación del Estado y del sistema jurídico mexicano. Cada párrafo de este artículo conlleva implicaciones que hoy en día todavía permanecen inconmensurables.

La reforma a este artículo 1o. implicó: introducir plenamente el concepto de derechos humanos a la Constitución mexicana; emplear el término “reconocer” en lugar de “otorgar”; sustituir los términos “individuo” y “hombre” por el de “persona”, colocándola en el centro de la escena; garantizar la más alta jerarquía y eficacia normativa de los instrumentos internacionales de derechos humanos dentro del orden jurídico mexicano; introducir expresamente los derechos humanos que no se encontraban reconocidos en la Constitución; fortalecer la protección de los derechos humanos reconocidos por la Constitución a la luz del derecho internacional; incorporar el *principio de interpretación* de los derechos humanos de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo la protección más favorable y más amplia de la persona como una norma guía y de apertura para interpretar los enunciados normativos que contiene la Constitución (principio *pro persona*); distinguir de manera expresa entre derechos y sus garantías para su protección; reforzar las garantías y los mecanismos de protección de los derechos humanos ante su eventual incumplimiento; establecer la obligación de todas las autoridades, en el ámbito de su competencia, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, haciéndolas responsables cuando se les imputa una eventual violación de los derechos en juego; imponer a las autoridades las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar a los responsables de las violaciones, y reparar el daño causado, con la finalidad de combatir la violación impune de los derechos humanos; establecer una clara definición de cómo y en qué circunstancias se puede declarar la restricción o suspensión de derechos humanos y cuáles deben permanecer sin tocar.

1. La incorporación de los tratados y la jurisprudencia internacional en las resoluciones del *ombudsperson*

Al igual que a los organismos jurisdiccionales, la reforma constitucional impuso renovadas exigencias a quienes se les encomienda la labor no jurisdiccional de protección, desde la forma en la que se concibe, argumenta e interpreta al ordenamiento jurídico nacional tanto los preceptos normativos sustantivos como los procesales que ordenan su actuar.

Recordemos que el artículo 1o. impone ahora la obligación de utilizar el bloque de constitucionalidad que se ha construido con la Constitución, los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH, como fuentes que reconocen

y desarrollan derechos humanos, aumentando con ello las pautas de validez para juzgar actos de autoridad y relaciones entre particulares; además, se debe aplicar el principio *pro persona*, según el cual deben privilegiar la norma y la interpretación más favorable.

De esta manera, son muy diversas las formas en que se puede apreciar el impacto y la eficacia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, por parte del *ombudsperson*, órgano garante por antonomasia de la mencionada reforma, en los ámbitos de sus atribuciones y competencias. En este sentido, en la fundamentación de las recomendaciones y demás resoluciones que emite el *ombudsperson* sobre presuntas violaciones de derechos humanos ha venido privilegiando el uso de los tratados internacionales de derechos humanos, así como la jurisprudencia de la Corte IDH y las interpretaciones que emitan los órganos de los tratados y procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, lo cual necesariamente redundará en beneficio de la protección efectiva de los derechos humanos. La referencia que de estos instrumentos se haga sirve para consolidar la fundamentación jurídica de los actos del *ombudsperson* y permite ampliar el conocimiento estatal y social sobre el derecho internacional de los derechos humanos. Así se muestra, por ejemplo, en sus pronunciamientos como las recomendaciones específicas y recomendaciones generales, conciliaciones, acciones de inconstitucionalidad.

Un ejemplo de aplicación de instrumentos internacionales y los principios de interpretación conforme y *pro persona* lo encontramos en la Recomendación 28/2017, dirigida al Director General del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), con motivo de los casos de violaciones de los derechos humanos de varios varones por la negación de la pensión por viudez por motivos de sexo, condición económica y salud, al establecer la ley del IMSS requisitos diferenciados para mujeres y hombres, lo que contraviene tanto la Constitución como los instrumentos internacionales de derechos humanos, que establecen estándares mínimos que pueden ser ampliados en aras de la progresividad. Derivado de lo anterior se recomendó, entre otras cuestiones, otorgar la pensión por viudez a los agraviados, sin colocarlos en un supuesto jurídico que los distinga por su sexo y sin que se requiera mayores requisitos en comparación con las mujeres.

2. Reparación integral a la víctima y combate a la impunidad

La reforma constitucional del 10 de junio de 2011 incluyó en el tercer párrafo de su artículo 1o. un catálogo de obligaciones genéricas y deberes específicos del Estado mexicano en materia de derechos humanos, dentro de los cuales se reconoció la “reparación por violaciones a derechos humanos”. El *ombudsperson*

tiene en la materia de reparación del daño a las víctimas una muy importante participación. Cuando se acredita una violación de derechos humanos se debe buscar, en principio y siempre que sea posible, la plena restitución del derecho conculcado, que consiste en el restablecimiento de la situación anterior; de no ser factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones de derechos humanos, se dictan medidas para garantizar los derechos violentados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron.

Las reparaciones están dirigidas a resarcir los daños de manera integral, por lo que van mucho más allá de las medidas indemnizatorias tradicionales; además de reparaciones de naturaleza económica, se dictan medidas de restitución (mismas que en derechos humanos resulta difícil cumplir; por ejemplo, que no se puede restituir la vida, el sometimiento a la tortura, la desaparición forzada y sus efectos, la discriminación, entre otros), satisfacción (dentro de esta categoría se encuentran, por ejemplo, la publicación de la sentencia, las disculpas públicas, la creación de monumentos, la publicación de libros, el otorgamiento de becas con el nombre de las víctimas, entre otros), proyecto de vida y garantías de no repetición.

El *ombudsperson* mexicano ha solicitado en sus recomendaciones como medidas de reparación a las víctimas directas e indirectas, entre otras, las siguientes: brindarles atención médica y psicológica y/o psiquiátrica gratuita, por personal profesional especializado y en un lugar accesible, con su consentimiento, brindando información previa, clara y suficiente de forma continua hasta su total recuperación (en algunas ocasiones, de manera vitalicia), así como servicios jurídicos y sociales; inicio de investigaciones penales y administrativas a las autoridades y a las personas servidoras públicas responsables de violaciones de derechos humanos; inscripción en el Registro Nacional de Víctimas, cuyo funcionamiento está a cargo de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, para que tengan acceso al Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral (en algunas ocasiones se solicita que la compensación cubra el daño material y el moral o inmaterial que conforme a derecho corresponda, derivado de la afectación a su salud, del daño a su proyecto de vida y por la pérdida de vida); realización de cursos de capacitación sobre temas específicos, así como de formación en derechos humanos; emisión de normas y protocolos de actuación; en algunas ocasiones ha solicitado se implementen medidas que busquen el reconocimiento y la dignificación de las víctimas y que reconstruyan el proyecto colectivo de vida, el tejido social y cultural, así como la recuperación psicosocial de la población y de los grupos afectados.

De conformidad con el artículo 65, inciso c, de la Ley General de Víctimas, todas las víctimas de violaciones de los derechos humanos serán compensadas, en los términos y montos que determine la resolución que emita en su caso un

organismo público de protección de los derechos humanos, por lo que surte efectos y obliga a todas las autoridades de todos los ámbitos de gobierno a actuar conforme a los principios y criterios establecidos en dicha ley o, en caso contrario, quedarán sujetos a las responsabilidades administrativas, civiles o penales a que haya lugar.

Por otra parte, el *ombudsperson* debe buscar que no exista impunidad, principalmente, en los casos de violaciones graves de derechos humanos, toda vez que, por su relevancia, resulta prioritario hacer efectivo el derecho a la verdad, que los responsables den cuenta de sus actos ante la justicia y la sociedad, se reparen de manera integral los daños a las víctimas y se adopten medidas para prevenir que se repitan.

3. Progresividad de los derechos humanos

Los derechos humanos poseen una tendencia progresiva. Por ella se entiende que su concepción y protección nacional, regional e internacional se va ampliando irreversiblemente, tanto en lo que toca al número y contenido de ellos como a la eficacia de su control. De una interpretación sistemática del artículo 1o., párrafos 2 y 3 de la Constitución mexicana, se advierte que, a efecto de dotar de contenido las normas relativas a los derechos humanos, se deben interpretar de conformidad con lo establecido en la Constitución y los tratados internacionales en la materia, en observación, entre otros, de los principios *pro persona* y progresividad, conforme a los cuales esos derechos deben ser ampliados de manera paulatina.

Ante este nuevo paradigma, el *ombudsperson* ha pasado de ser garante de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos a serlo también de nuevos derechos que se van reconociendo, como son los económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca), entre ellos, educación, salud, alimentación, vivienda, asistencia social, trabajo, agua, disfrute de un medio ambiente sano. Asimismo, ha sumado a la defensa individual la de grupos o colectivos con características particulares. Dichos colectivos son grupos en condiciones de vulnerabilidad y están compuestos por las mujeres, los y las indígenas, los y las afrodescendientes, los niños y las niñas, las poblaciones migrantes, las minorías LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales), las personas mayores, las víctimas del delito, las personas con discapacidad, las personas con VIH/SIDA, los desaparecidos, los periodistas y defensores civiles, quienes necesitan una protección especial al padecer maltrato y exclusión de las instituciones.

El concepto de protección progresiva de los derechos económicos, sociales y políticos, así como la necesidad de disponer de importantes recursos económicos para crear las condiciones de tutela efectiva que algunos de ellos plantean, ha

oscurecido o postergado su defensa, haciendo olvidar que los Estados deben aplicar a este fin los recursos a su alcance, con sentido extensivo, no restrictivo.³ Los recursos del Estado son finitos, no alcanzan, por eso se debe planear y saber cómo se debe orientar el gasto para propiciar que se destinen a personas en condiciones de mayor vulnerabilidad, como niñas y niños, adolescentes y mujeres.

La contribución más auténtica que puede realizar el *ombudsperson* es proteger y defender cotidianamente los derechos humanos de los grupos en situación vulnerable frente a los abusos del poder político y del poder económico. De igual manera, el *ombudsperson* debe ser un medio efectivo para lograr la efectividad de los derechos sociales, que constituye uno de los grandes temas de la tutela moderna de los derechos humanos. Entre los mecanismos de los que puede valerse están las acciones de inconstitucionalidad y las recomendaciones, ya sean particulares o generales, requiriendo la adopción de políticas públicas por parte del Estado en la materia.

Como ejemplo está la Recomendación 2/2018, en donde se aplicaron los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, otorgando la protección más amplia en favor de la persona, así como las obligaciones del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos, toda vez que se acreditaron violaciones de derechos humanos de personas en condición de discapacidad, por la falta de accesibilidad y movilidad en el transporte público de pasajeros, debido a la falta de descuentos en tarifas de transporte público, como una vertiente del derecho humano a la accesibilidad y movilidad a favor de las personas con discapacidad, mismo que está reconocido y concedido en un plano legal y obligatorio. Por ello la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (en términos del artículo 1o. de la Constitución) está obligada no solo a promover, sino también a respetar, proteger y garantizar tal derecho humano por la vía concertada y coordinada con el sector privado. Esta consideración se hace extensiva para todas las personas con discapacidad y no solo en el servicio de autotransporte de pasajeros, sino en todos los demás servicios públicos de transporte: aéreo, terrestre (ferroviario, urbano, suburbano, subterráneo, etcétera) y marítimo o fluvial. Asimismo, en atención al principio de progresividad de los derechos humanos, la Comisión Nacional estimó necesario ampliar el beneficio de accesibilidad y movilidad para las personas con discapacidad, en aquellos casos en los que para su movilidad y desplazamiento requieran de

³ Nikken, Pedro, "La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 52, 2010, p. 111.

la asistencia personal (acompañante), técnica (verbigracia prótesis, silla de ruedas, bastón, muletas) o de algún animal de compañía, para que no se les realice cobro alguno, así como para que también les aplique en cuanto a los seguros del viajero y del equipaje con que se transporten.

III. CONTRIBUCIONES DE LA REFORMA A LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL OMBUDSPERSON

La protección de los derechos humanos es la actividad que tiene como propósito atender las violaciones o amenazas de esas violaciones. En ese ámbito se puede distinguir entre la protección judicial de los derechos humanos y su protección por medios no judiciales. Es decir, la protección de los derechos humanos no se limita a la esfera de lo judicial que se puede materializar a través del juicio de amparo, la controversia y la acción de constitucionalidad, pues también existe la vía no jurisdiccional que lleva a cabo el *ombudsperson* a través de un procedimiento flexible, accesible, sencillo y expedito en favor de las personas, y por ello adquirirle el carácter de instrumento de garantía constitucional.

En México, el *ombudsperson* surgió en 1990 y se reconoció a nivel constitucional en 1992, con el mandato de crear el sistema *no jurisdiccional* de defensa y protección, y ha estado sujeto durante su historia a diversas transformaciones para ampliar sus facultades de protección de los derechos fundamentales que otorga el orden jurídico mexicano.

En este sentido, la reforma en derechos humanos de 2011 operó cambios de relevancia al fortalecer y ampliar sus facultades. Entre las modificaciones se encuentran: 1) la obligación de todo servidor público de responder a las recomendaciones que emitan los organismos protectores de derechos humanos y, en caso de no aceptarlas o no cumplirlas, fundamentar, motivar y hacer pública la negativa; 2) la facultad de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso, de hacer comparecer a las autoridades o servidores públicos para que expliquen el motivo de su negativa a aceptar las recomendaciones o, en su caso, a las legislaturas de los estados; 3) la posibilidad de conocer asuntos de carácter laboral, en los cuales estos organismos no eran competentes; 4) la obligación por parte de las entidades federativas de garantizar en sus Constituciones la autonomía de los organismos de protección de los derechos humanos para que puedan ejercer su función con plena independencia; adicionalmente; 5) se delineó el procedimiento de consulta pública transparente e informado mediante el cual se habrá de elegir al presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y a los miembros de su Consejo Consultivo, así como de los organismos públicos

estatales; 6) se amplió la facultad para presentar acciones de inconstitucionalidad por motivos de inconventionalidad y no únicamente de inconstitucionalidad; y 7) se otorgaron facultades a la CNDH para investigar violaciones graves de derechos humanos, que anteriormente estaban a cargo de la SCJN.

A diez años de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos —que, insistimos, transformó radicalmente la realidad institucional del país en este tema—, los órganos no jurisdiccionales de promoción y protección de los derechos humanos en México se encuentran en un momento clave para la defensa de las prerrogativas elementales del ser humano, toda vez que sus aportaciones adquieren —junto con las de otras instituciones, como la SCJN— una relevancia trascendental para la construcción de un Estado democrático respetuoso de los derechos fundamentales de las personas.

Las consecuencias de la forma en que se desempeñan estos organismos derivadas de la reforma en gran medida dependen de la creatividad, inteligencia y buen uso que hagan de ella las personas que defiende derechos humanos en nuestro país, por ejemplo, considerando en sus resoluciones tanto el marco normativo nacional como el que resulte de compaginar sus disposiciones normativas con las que sean de fuente internacional e interpretando el marco normativo de la forma que sea más favorable para las personas.

Son muy diversas las maneras en que se puede apreciar el impacto y la eficacia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, por parte del *ombudsperson* nacional que asume una fusión específica de garante de la observancia del bloque de derechos fundamentales que otorga el orden jurídico mexicano, es decir, los reconocidos en el propio cuerpo constitucional y los contenidos en los tratados internacionales que México haya suscrito.

1. Comparecencia de la autoridad ante la no aceptación o incumplimiento de recomendaciones

En caso de no ser aceptadas o cumplidas las recomendaciones, a partir de la reforma de 2011, está previsto un mecanismo mediante el cual la autoridad renuente debe acudir a la Cámara de Senadores o, en su defecto, a la Comisión Permanente o el órgano legislativo correspondiente, a solicitud del organismo emisor, a fundar, motivar y hacer pública su negativa de aceptar la resolución. El procedimiento para la comparecencia se encuentra regulado en la Ley de la CNDH, artículos 15, fracción X, y 46, mismo que fue establecido mediante reforma y adiciones publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* de 15 de junio de 2012. Desde que se implementó este mecanismo para hacer comparecer ante el Senado de la República al servidor público que no acepte o cumpla una Recomendación, se ha dado en cuatro casos.

En el primero, el entonces titular de Comisión Nacional del Agua compareció ante las Comisiones Unidas de Recursos Hidráulicos, Derechos Humanos y Protección Civil del Senado de la República el 28 de marzo de 2012, luego de su no aceptación de la Recomendación 61/2011, con motivo de las inundaciones en Tabasco en 2010. Durante su comparecencia el citado funcionario reiteró su negativa y defendió su posición, lo que fue calificado como muy lamentable por la CNDH.

La segunda comparecencia fue la del entonces secretario de Seguridad Pública Federal (SSP), quien el 29 de noviembre de 2012 compareció ante las comisiones de Derechos Humanos y de Seguridad Pública del Senado por la no aceptación de las Recomendaciones 62/2010, 43/2011, 38/2012 y el incumplimiento de la Recomendación 1VG/2012. Durante su comparecencia, el secretario, respecto al Expediente 62/2010, donde se menciona que pudo haberse evitado una riña en un penal estatal de Sinaloa que dejó 28 muertos de haberse realizado un oportuno traslado de reos, dijo que no pudo llevarse a cabo porque no se obtuvo la autorización judicial; por la Recomendación 43/2011, en que fueron plagiadas tres personas por elementos federales, dijo que ninguna de las víctimas hizo imputaciones contra la dependencia y que la SSP solo fue colaboradora en la investigación; en cuanto a la Recomendación 38/2012, referente a hechos sucedidos en el estado de Morelos, donde se aseguraron 20 personas, de las cuales una fue localizada sin vida, indicó que las investigaciones señalaron como responsables a elementos de la Secretaría de la Defensa Nacional; y respecto de la Recomendación 1VG/2012, derivada de los hechos ocurridos el 12 de diciembre de 2012, en Chilpancingo, Guerrero, donde estudiantes de la escuela Normal de Ayotzinapa fueron desalojados de un bloqueo a la carretera, el secretario no hizo especial pronunciamiento.

El tercer caso es el relativo a la no aceptación de la Recomendación 39/2017 sobre el caso de 2,039 personas víctimas de desplazamiento forzado en Sinaloa, derivado de la violencia desatada por grupos criminales que afectó su derecho a la libertad de circulación y residencia, propiedad y asistencia humanitaria, alimentación, vivienda y a una adecuada aplicación de justicia. La Recomendación se dirigió al gobernador de Sinaloa, al fiscal general del Estado y a los presidentes municipales de Choix y Sinaloa de Leyva. El presidente municipal de Choix no aceptó la recomendación y en su comparecencia negó que hubiera comunidades deshabitadas de desplazados por la violencia; reconoció que dos comunidades fueron desalojadas, pero después los habitantes regresaron, y quienes no lo habían hecho aún era porque tal vez tuvieron la oportunidad de encontrar trabajo, sus hijos estaban en la escuela y se les atendió como debía ser. Esta comparecencia tuvo diversas irregularidades, entre ellas, el que no compareció el presidente en funciones, sino el anterior, que había solicitado licencia al cargo, además de que la

Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Senadores no tenía el número suficiente de miembros para poder sesionar.

Finalmente, en el caso de la Recomendación 29/2019 de la CNDH, dirigida a la Secretaría de Bienestar, a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), a la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria y al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (Sistema Nacional DIF), por las violaciones de los derechos humanos de las personas beneficiarias y usuarias del Programa de Estancias Infantiles para Apoyar a Madres Trabajadoras (Programa de Estancias Infantiles), mediante respuestas de 19 y 21 de junio de 2019, las autoridades informaron su negativa a aceptar la misma. El 5 de julio de 2019, la CNDH hizo un llamado a tales autoridades a reconsiderar su negativa; no obstante, tras persistir, el 22 del mismo mes y año, ese Organismo Nacional remitió oficio a la Mesa Directiva de la Comisión Permanente del Congreso, por el que solicitó citar a comparecer a los funcionarios que se negaron a aceptar la recomendación, de conformidad con las disposiciones constitucionales. El 22 de agosto de 2019, la CNDH informó que la Comisión Permanente decidió, un día previo, no aprobar el dictamen que determinaba citar a comparecer a las autoridades, decisión que ese organismo consideró que cancelaba la posibilidad de que las víctimas recibieran una explicación fundada y motivada, a la que constitucionalmente tendrían derecho.

Si bien la reforma buscó incrementar y tratar de evidenciar de manera pública la negativa de una autoridad a aceptar la recomendación del organismo protector de derechos humanos, en la práctica se observa que ha derivado en la politización del tema. El explicar los motivos para rechazar una recomendación parece un sano ejercicio democrático, pero frente a un órgano político parecería favorecer esa politización, ante la comparecencia de los servidores públicos y la defensa que hagan los senadores de su partido político y, desde luego, con los ataques que sufra de los senadores de oposición, lo que resulta en detrimento de la protección de los derechos de las víctimas.

Se debe retomar el objetivo de este mecanismo, que no es una cuestión menor, si entendemos que, al hacer pública su negativa, la autoridad responsable se expone ante la sociedad y, además, a que el órgano que designa al *ombudsperson* no le otorgue su respaldo. Así se determinó que la comparecencia explicada “ensancha la fuerza de (las) Recomendaciones y se fortalece el vínculo establecido en la Constitución, entre el Senado de la República y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como los poderes legislativos de las entidades”.⁴

⁴ Cfr. García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 4 ed., México, Porrúa, UNAM, 2003, pp. 188-189.

2. Investigación de violaciones graves de derechos humanos

La reforma constitucional de junio de 2011 confirió a la CNDH la atribución de investigar las violaciones graves de derechos humanos. No se puede ignorar que la Comisión Nacional siempre contó con la facultad de investigar violaciones de todo género, como la graves, por ello, en algún momento coincidieron, junto con la SCJN, en el análisis de algunos casos (Aguas Blancas, Salvador Atenco, Hechos que alteraron el orden público en Oaxaca en 2007, Guardería ABC, Lydia Cacho).

Para determinar cuándo se está en presencia de una violación grave de derechos humanos la SCJN recurrió, como orientación, a los siguientes parámetros:

- La escala/magnitud de las violaciones.
- La condición o estatus o situación de las víctimas (tratándose de grupos en situación de vulnerabilidad).
- La naturaleza de las obligaciones comprometidas.
- El impacto social de las violaciones.

La investigación de violaciones graves de derechos humanos requirió fijar estándares de investigación con fórmulas cada vez más específicas, lo que ha implicado reforzar el sistema de trabajo, como es contar con los mejores sistemas y equipos interdisciplinarios de investigación, según se muestra en los casos emblemáticos de violaciones graves de derechos humanos, como son Tlatlaya, Ayotzinapa, Apatzingán, Tanhuato e Iguala, entre otros.

Por lo anterior, la CNDH creó su propia oficina de investigación y capacitó a su personal para ello. De esta manera, para la atención de algunos casos se han integrado equipos de trabajo técnico interdisciplinario con abogados, médicos, psicólogos, criminalistas, antropólogos, histopatólogos y odontólogos forenses. En muchas ocasiones se buscan evidencias científicas y opiniones expertas, a efecto de que sean los conocimientos de vanguardia, la ciencia y la tecnología, quienes aporten elementos para sustentar la existencia de violaciones de derechos humanos que se denuncian. Desde estudios y análisis de ADN, en materia de entomología, georreferenciación y geolocalización, hasta análisis de lesiones y otras cuestiones forenses, son solo algunos de los elementos con base en los cuales la CNDH busca alcanzar la verdad.

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece la no reserva de información tratándose de violaciones graves de los derechos humanos, debiendo hacerse público el expediente. De este modo, la CNDH debe garantizar la eficacia de las investigaciones que realiza como órgano protector de los derechos humanos, al mismo tiempo que debe brindar el acceso a la información

pública que posee, y hacerlo en los términos que mandatan las instituciones y las leyes especiales para ello.

Aún existen pendientes en la agenda del debate público, por ejemplo, discutir los alcances y límites del derecho de acceso a la información cuando se trata de violaciones de los derechos humanos y se está frente a la protección de datos personales de las personas físicas que en las investigaciones se ven involucradas, particularmente cuando se trata de las víctimas y de los servidores públicos que han ameritado una recomendación o una recomendación por violaciones graves de los derechos humanos en su actuación.

3. Facultad de interponer acciones de inconstitucionalidad

El otorgarles a los organismos públicos de protección de derechos humanos legitimidad para interponer acciones de inconstitucionalidad ha tenido un impacto positivo en el sistema jurídico mexicano, no solo porque agrega una atribución más a su catálogo de facultades, sino porque resulta ser un recurso constitucional de la mayor trascendencia, el cual les permite participar en los sistemas de control abstracto de constitucionalidad en la protección de los derechos humanos en favor de las personas y ser protagonistas de la salvaguarda del orden fundamental.

El 14 de septiembre de 2006, mediante la adición del inciso g a la fracción II del artículo 105 constitucional, se otorgó a los organismos integrantes del sistema nacional de protección no jurisdiccional de derechos humanos la facultad de ejercer la acción de inconstitucionalidad, quedando legitimada la CNDH para promoverla “en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución”; además, se legitimó a los órganos no jurisdiccionales de protección de derechos de los humanos de cada entidad federativa, en contra de leyes expedidas por sus legislaturas.⁵

En su momento se cuestionó si tales organismos podían plantear por esa vía la incompatibilidad de una norma general frente a un tratado internacional de derechos humanos. Las opiniones se dividieron y, para algunos, dicha posibilidad estaba implícitamente prevista en el texto constitucional, mientras que para otros, si la disposición no lo señalaba expresamente, solo podía por vía de tales acciones revisarse la regularidad de toda norma general única y exclusivamente

⁵ Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de septiembre de 2006. El proceso que siguen las acciones de inconstitucionalidad se encuentra regulado por la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

frente al texto constitucional. La SCJN al resolver la Acción de inconstitucionalidad 22/2009, el 4 de marzo de 2010, promovida por la CNDH en contra del Congreso de la Unión y otras autoridades por las reformas a los artículos 1339 y 1340 del Código de Comercio, por considerar que violaban derechos humanos consagrados en tratados internacionales, determinó que las Comisiones de Derechos Humanos, nacional y estatales, solo pueden interponer acciones contra leyes que estimen violatorias únicamente de derechos consagrados en la Constitución mexicana, con lo que eliminó la posibilidad de desarrollar un control convencional abstracto, en beneficio de la eficacia de los derechos humanos de fuente internacional mediante una interpretación *pro persona*.⁶

Tal criterio quedó superado con la reforma del 10 de junio de 2011 al artículo 105, fracción II, inciso g, de la Constitución, que amplió el parámetro de control, señalando expresamente que la SCJN conocerá de las acciones de inconstitucionalidad presentadas por la CNDH “en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados *en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte*”. Esta reforma al artículo 105 es congruente con el nuevo contenido del artículo 1o., que establece que “en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”, de tal manera que esa extensión en la normativa nacional y convencional de reconocimiento de los derechos debe también ser el parámetro de su protección, incluida la garantía de protección constitucional que es la acción de inconstitucionalidad.

La reforma resultó trascendental para la promoción de las acciones de inconstitucionalidad, pues a partir de la entrada en vigor de la reforma constitucional se observa que, sin excepción, todas las acciones de la CNDH estaban fundamentadas y motivadas, y así se institucionalizó, en lo preceptuado no solo en la Constitución, sino en los tratados de los que nuestro país forma parte, convirtiéndose en elemento necesario y fundamental en la protección de los derechos humanos en México.

⁶ García Ramírez y Morales Sánchez, *op. cit.*, p. 195. Además, *cf.* Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en *La reforma constitucional en derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. 56; Martínez Bullé-Goyri, Víctor, *La reforma constitucional de Derechos Humanos*, México, IJ-UNAM, 2011, p. 412.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Los relevantes contenidos de la reforma constitucional de 2011 son innegables, así como sus beneficios, como la adopción de la interpretación conforme a tratados internacionales y el principio *pro persona* como obligación para la labor de los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos en la atención de violaciones de derechos fundamentales que se someten a su consideración para una mayor y mejor protección. No basta con la aceptación de las recomendaciones por las autoridades, es necesario su cumplimiento para que se reparen de manera integral los daños a las víctimas y se adopten medidas para prevenir que los actos que dieron origen a la violación no se repitan.

Al otorgarle la reforma de 2011 la atribución de investigar violaciones graves de derechos humanos, que ya venía realizando, el *ombudsperson* nacional fortaleció su propia capacidad de investigación preparando a su personal para ello y para que no prevalezca la impunidad. Además de garantizar la eficacia de las investigaciones que realiza como órgano protector de los derechos humanos, debe brindar el acceso a la información pública que posee, y hacerlo en los términos que mandatan las instituciones y las leyes especiales para ello.

Con la presentación de demandas de acción de inconstitucionalidad el *ombudsperson* mexicano contribuye a la depuración del ordenamiento jurídico. Que promueva acciones de inconstitucionalidad es una buena señal, que implica un diálogo entre los sistemas jurisdiccional y no jurisdiccional en la protección de los derechos humanos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en *La reforma constitucional en derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 4 ed., México, Porrúa, UNAM, 2003.
- MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor, *La reforma constitucional de Derechos Humanos*, México, IJ-UNAM, 2011.
- NIKKEN, Pedro, “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 52, 2010, p. 111.

LA PROTECCIÓN NO JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: ¿DOCTRINA O POLÍTICA?

Luis González Placencia*

RESUMEN

A una década de la más importante reforma constitucional del México contemporáneo en materia de derechos humanos, surge la necesidad de revisar sus fundamentos. En ese sentido, el objetivo del presente texto es indagar la naturaleza doctrinal de la llamada “protección no jurisdiccional de derechos humanos”. La pregunta que guía este análisis es cuál es el basamento de dicha salvaguardia. Esto con el fin de responder si en el apartado B del artículo 102 de nuestra Constitución está el fundamento constitucional de toda defensa no jurisdiccional de los derechos humanos o, más bien, únicamente de la que proveen las instituciones del sistema *ombudsman*. Para ello, en primer lugar, se presenta un acercamiento analítico a la literatura sobre la protección no jurisdiccional de derechos humanos disponible en bases de datos de acceso abierto. La hipótesis a partir de esta revisión sugiere que en la configuración de las instituciones mexicanas de protección de derechos humanos ha tenido más influencia el contexto que el peso teórico del pensamiento jurídico mismo. Para trabajar esta hipótesis, se contextualiza el surgimiento de las instituciones de protección no jurisdiccional de los derechos humanos debido al contexto en el que estas fueron surgiendo.

I. INTRODUCCIÓN

A unos meses de cumplirse una década de la más importante reforma constitucional del México contemporáneo –la del 10 de junio de 2011 en materia de

* Psicólogo y sociólogo del derecho. Académico de carrera titular B de tiempo completo en el Centro de Estudios Jurídico Políticos de la Universidad Autónoma de Tlaxcala. luisgonzalezplacencia@gmail.com

derechos humanos— la idea de evaluar qué efectos ha tenido desde su promulgación y hasta la fecha ha generado un ánimo de revisión que permitirá responder preguntas asociadas con la eficacia de la misma, pero también plantear otras relacionadas con la necesidad de revisar sus fundamentos doctrinarios. Este último es el ánimo que motiva el presente artículo, que se propone indagar la naturaleza de lo que llamamos “protección no jurisdiccional de derechos humanos”. En línea de principio, la inquietud parte de saber cuál es el basamento doctrinario de dicha salvaguardia, con la pretensión de dilucidar la posibilidad de identificar al apartado B del artículo 102 de nuestra Constitución con esa naturaleza y de examinar si está ahí el fundamento constitucional de toda defensa no jurisdiccional de los derechos humanos o, más bien, únicamente de la que proveen las instituciones del sistema *ombudsman*.

Como punto de partida, podemos afirmar con Fix Fierro que la decisión de ubicar al sistema de Organismos Públicos de Defensa de los Derechos Humanos (OPDH) de nuestro país en dicho artículo 102 constitucional y de adicionar un apartado B especialmente para ello sugiere que el legislador consideró estas instituciones como órganos de justicia en sentido amplio y que, por ello, le resultó lógico y adecuado hacerlo en la parte de la Constitución que se refiere a las instituciones y los medios de defensa de las normas y los derechos constitucionales.¹ Sin embargo, para introducir la discusión es necesario señalar que de ello no se sigue, como algunos colegas parecen sugerir, que sea el apartado B de dicho artículo 102 el que constituya el fundamento constitucional de la protección no jurisdiccional de los derechos humanos,² dado el hecho de que la propia doctrina sobre el tema

¹ Existían múltiples posibilidades para ubicar la reforma en el texto constitucional: como parte del artículo 1o. o, en todo caso, dentro del título relativo a las garantías individuales, o bien como parte de las facultades del Congreso de la Unión y de las bases de organización de los estados, con la desventaja de que ello le habría quitado visibilidad y coherencia. La solución escogida toma como punto de partida la naturaleza de los organismos protectores de los derechos humanos como órganos de la justicia en sentido amplio, por lo que resulta lógica y adecuada su ubicación en la parte de la Constitución que se refiere a las instituciones y los medios de defensa de las normas y los derechos constitucionales. Cfr. Fix Fierro, Héctor, “La reforma al artículo 102 de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXVI, núm. 76, 1993, p. 225.

² Este es el caso de los siguientes trabajos: Castañeda Myreya, *La protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México*, México, CNDH, 2011; Natarén, Carlos, *La defensa no jurisdiccional de los derechos fundamentales en México. Estudio del Sistema Nacional de Organismos de Protección de Derechos Humanos*, México, CNDH, 2005; Dienheim Barriguete, Cuahtémoc Manuel de, “Consideraciones sobre la protección no jurisdiccional de los derechos humanos y la figura del Ombudsman en México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Magaña de la Mora, Juan Antonio y Roa Ortiz, Emmanuel (coords.), *Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica. A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales*, t. 1, México, IJ-UNAM, 2018, pp. 183-204; Del Rivero, José Alberto, “La protección no jurisdiccional y sectorial de los derechos humanos: reflexiones en torno al derecho a la vivienda adecuada en México”, *Revista Inclusiones*, vol. 7, núm. especial, 2020, pp. 65-83; Álvarez Icaza L., Emilio, “Prospectiva del procedimiento no jurisdiccional de protección a

identifica un “sistema” que resulta mucho más amplio que el que constituye el conjunto de los OPDH y que, de hecho, incluye instituciones que pueden ser sustancialmente diversas respecto de las que constituyen el conjunto de instituciones *ombudsman* en nuestro país.³

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En otros espacios he sugerido que, en México, el sistema *ombudsman* nació más de una coyuntura política que del desarrollo de una cultura jurídica construida alrededor de los derechos humanos.⁴ Primero se fundaron las instituciones –el sistema nacional OPDH– y en realidad, salvo excepciones, no fue hasta después de junio de 2011, con la inauguración de la décima época de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), cuando comenzó a aceptarse la incorporación de argumentos del derecho internacional de los derechos humanos en el quehacer cotidiano de los operadores jurídicos mexicanos. Aunque algunos autores especializados en el tema han hablado de derechos humanos desde hace décadas en la academia, para el derecho “puro y duro” –el de los tribunales, la administración pública y las cámaras–, antes de la reforma constitucional en la materia, los derechos humanos eran considerados algo así como “metafísica jurídica”.

Por esta razón, identificar lo “no jurisdiccional” con los derechos humanos, como a veces suele hacerse, constituye un error de perspectiva, porque, al parecer, la distinción está sustentada en aspectos de naturaleza más procedimental que sustantiva, porque de derechos humanos conocen tanto órganos jurisdiccionales como no jurisdiccionales y, viceversa, en ambos ámbitos se dilucidan conflictos que tienen que ver con materias e incluso con perspectivas jurídicas distintas a la

los derechos humanos”, en Ferrer MacGregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional*, vol. VII: *Procesos constitucionales de la libertad*, México: IJ-UNAM, IMDP, Marcial Pons, 2008; Gil Rendón, Raymundo, “Sistemas de protección jurisdiccional y no jurisdiccional de los derechos humanos en México”, *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, núm. 7, 2011, pp. 1-24; Flores Eraña, Alejandro, *Procedimientos y disfunciones del sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos y su proclividad competencial hacia el Poder Ejecutivo. Elementos para un sistema ampliado de derechos humanos*, Tesis de Maestría en Derechos Humanos, México, Universidad Iberoamericana, 2017; Camarena Lozano, Sergio Arturo, “Defensa no jurisdiccional de los derechos humanos. Estudio de derecho comparado”, *Epikeia. Derecho y Política*, núm. 24, verano de 2014, pp. 1-12; Islas Colín, Alfredo y Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, *Derechos humanos. Protección jurisdiccional y no jurisdiccional en los sistemas nacional e interamericano*, México, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2015.

³ Deinheim, *op. cit.*

⁴ Ver González Placencia, Luis, “El apartado B del artículo 102 constitucional y la reforma de junio de 2011. ¿De dónde viene y a dónde va el sistema *Ombudsman* en México?”, en Caballero, J. L. y Ferrer, E., *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2011-2021). Una evaluación con perspectiva de futuro*, en prensa.

de los derechos humanos. Así, el problema que se plantea tiene que ver con una suerte de imprecisión doctrinaria que sólidamente sustente lo que denominamos “protección no jurisdiccional de derechos humanos”.

III. NOTA METODOLÓGICA

El presente estudio constituye un acercamiento analítico a la literatura sobre el tema, que se basa en el material disponible en las bases de datos de acceso abierto a las que es posible ingresar mediante buscadores especializados en la internet.⁵ Las primeras búsquedas se realizaron de la manera convencional, pero a partir de la lectura de los textos se implementó un procedimiento de búsqueda tipo bola de nieve que hizo posible acceder a materiales que no estaban en las bases de datos inicialmente consideradas, pero que, con los datos consignados en los respectivos elencos bibliográficos, son localizables en la red.⁶ Sin embargo, ello no permite afirmar que la cobertura haya sido amplia, por lo que las inferencias a las que aquí se llega deben considerarse ceñidas a la información obtenida de los materiales consultados. Por otra parte, aunque hay en efecto bibliografía suficiente sobre el tema, en pocos casos fue posible hallar argumentos propios de una discusión doctrinaria sobre la sustancia de lo que se ha llamado “no jurisdiccional”.

Más bien, la mayoría de las y los autores hacen descripciones de lo que consideran como “sistema no jurisdiccional”, precedidas por referencias historiográficas sobre la institución del *ombudsman* en México y el mundo. De ahí que se haya optado por hacer, en primer término, una lectura que permitiera comprender la influencia del contexto histórico en la identidad de las instituciones de acuerdo con el periodo en el que fueron apareciendo, con la finalidad ulterior de aislar de ese contexto sus características comunes y con miras a establecer si en la protección jurisdiccional hay algo más que solo el contraste con la jurisdiccional. Por todas estas razones, los resultados de este breve estudio deben considerarse como el producto de una aproximación exploratoria al tema.

IV. HALLAZGOS

La literatura en torno a la protección no jurisdiccional de derechos humanos arroja de inicio resultados interesantes: de un lado, parte de la literatura delinea

⁵ Principalmente Dialnet, Redalyc, Scielo, Uniroja y, desde luego, las bases de datos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁶ González Placencia, Luis, *La investigación de los fenómenos jurídicos*, México, Ubijus, 2019.

este ámbito en contraste con el sistema jurisdiccional, sobre cuyas instituciones y procedimientos hay un desarrollo doctrinario de larga data y muy consolidado;⁷ del otro, las y los autores trazan una historiografía que articula el ámbito no jurisdiccional a partir de un conjunto de instituciones heterogéneas, algunas de ellas muy distintas entre sí, cuyo denominador común es, en todo caso, que no pertenecen a la jurisdicción. Sin embargo, en la totalidad de los casos, la academia especializada parece hallar en la figura del *ombudsman* el centro de gravedad del sistema no jurisdiccional.

Esto dibuja un *continuum* teórico en el campo de la protección de derechos humanos que en los polos se encuentra muy bien definido por el Poder Judicial, sus instituciones y procedimientos en un extremo y por el *ombudsman* en el otro, pero que traza en el medio un área donde se encuentra una serie de instituciones que también protegen derechos humanos en las que, sin embargo, se mezclan características que podrían ser propias de la jurisdicción, por ejemplo, la emisión de resoluciones vinculantes equiparables a sentencias, como los laudos que emite la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed) o las resoluciones del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), junto con otras identificables con las instituciones *ombudsman* tal como se las ha concebido en México.

Entonces, un primer hallazgo importante en esta indagación sugiere que, a diferencia de lo que ocurre con el ámbito jurisdiccional, lo que llamamos “protección no jurisdiccional de derechos humanos” carece de respaldo doctrinario y más bien se ha construido “por exclusión” con aquellas instituciones que tienen funciones de protección de derechos, pero que por razones diversas quedaron excluidas de la jurisdicción formal. De ahí que no resulte exagerado decir que, al menos en nuestro país, el ámbito de la defensa no jurisdiccional de derechos se ha construido, digamos, de facto y por contraste con la formalidad de la jurisdicción propiamente dicha.

Un segundo hallazgo muestra que el proceso de construcción de lo “no jurisdiccional” ha ocurrido a lo largo de tres momentos históricos que se corresponden más o menos claramente con las etapas liberal, social y neoliberal por las que ha transitado el Estado mexicano, al menos hasta 2018, lo que sugiere que la instauración de instituciones de justicia externas a la jurisdicción ha obedecido en buena medida a la influencia que el contexto ha ejercido históricamente en el país y, de hecho, en algunos casos, al modo en el que esa influencia ha sido

⁷ Véase, por ejemplo, Fix-Zamudio, Héctor, *Protección jurídica de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1991, donde el autor hace una extensa exposición que da cuenta de la sistematicidad de la protección jurisdiccional de los derechos humanos y de la articulación de sus instituciones y procedimientos.

recibida especialmente en el pensamiento de juristas emblemáticos de cada una de esas épocas.

V. HIPÓTESIS DE TRABAJO

Una hipótesis derivada de los hallazgos presentados sugiere que en la configuración de las instituciones mexicanas de protección de derechos humanos ha tenido más influencia el contexto que el peso teórico del pensamiento jurídico mismo, lo cual tiene mucho sentido. A pesar de lo que se suele pensar, existe evidencia importante aportada por la sociología jurídica —que desafortunadamente no es posible examinar aquí— del modo en el que las tendencias científicas y, dentro de ellas, las jurídicas están influidas por el contexto socioeconómico y político en el que estas florecen.

Con esta hipótesis de trabajo, se procede al análisis de los hallazgos intentando contextualizar el surgimiento de las instituciones de protección no jurisdiccional de los derechos humanos en razón del contexto en el que estas fueron surgiendo, atendiendo a las etapas en las que antes se ha distinguido, *grosso modo*, el desarrollo del Estado mexicano: la fase *liberal*, del periodo posindependencia hasta la revolución; la fase *social*, entre esta última y el fin del *lópez portillismo* en los ochenta, y la fase *neoliberal*, desde el sexenio de Miguel de la Madrid hasta el de Enrique Peña Nieto.

VI. RESULTADOS

Los resultados del análisis practicado a la literatura consultada son los siguientes.

1. La protección no jurisdiccional en el México liberal

El primer momento del análisis se corresponde con un periodo complejo que, a pesar de los vaivenes ideológicos en el seno del pensamiento político del siglo XIX, puede identificarse con la construcción de México como Estado nación, bajo la influencia general del liberalismo.⁸ No es casual que haya sido entonces cuando nace la Procuraduría de Pobres del Estado de San Luis Potosí, citada frecuentemente por la mayoría de las y los autores como el antecedente remoto del

⁸ Cfr. Moreno, Jaime, "El liberalismo constitucional de México", en AA. VV., *La independencia de México a 200 años de su inicio. Pensamiento social y jurídico*, México, Facultad de Derecho UNAM, 2010, pp. 321-342; también Núñez García, Víctor M., "Los orígenes del liberalismo mexicano. Élités y grupos de poder en Puebla (1833-1857)", *Secuencia*, núm. 78, septiembre-diciembre de 2010, pp. 43-87.

actual sistema *ombudsman*, que, sin duda, vio la luz como resultado del ánimo protector de los ciudadanos más necesitados frente a los abusos del poder estatal y, en particular, del sistema de justicia penal. En los argumentos que Ponciano Arriaga, su creador e impulsor, presentó en la exposición de motivos de la ley que la creó en 1847 reverbera el pensamiento de Cesare Beccaria y de Manuel de Lardizábal, lo que recuerda el sentido de las libertades fundamentales como inmunidades necesarias frente al abuso de la autoridad del soberano. Destaca el hecho de que, no obstante haber sido una institución contemporánea al Juicio de Amparo, nacido en Yucatán en 1841 y destinado a ser por muchos años el mecanismo privilegiado de defensa de derechos humanos en el ámbito jurisdiccional, Arriaga haya pensado en la necesidad de una institución más ligera, más directa, despojada de los defectos de las instituciones de justicia formales, desde entonces costosas y poco accesibles. De hecho, la lectura del respectivo decreto no deja duda acerca de la similitud que, guardada la distancia histórica, tuvo esa procuraduría con la figura del *ombudsman*. Ello valida la apreciación mayoritaria de quienes le ubican como el primer antecedente de esa institución en nuestro país, pues, frente a la evidencia, hay que reconocerla como la primera institución de protección no jurisdiccional de derechos.

Sin embargo, la distancia histórica es relevante, por varias razones: la primera es que permite matizar juicios como el que hace Natarén, quien ha puesto en duda ese carácter de antecedente del *ombudsman* porque, en su apreciación, la Procuraduría de Pobres no cumple con el requisito de independencia que —dice el autor, citando a Magdalena Aguilar— ha sido propio del *ombudsman* sueco desde 1809.⁹ Sin embargo, habría que poner a discusión si en efecto es comparable el régimen de monarquía parlamentaria que existía y aún existe en Suecia, en el que tiene todo el sentido que al *ombudsman* lo nombre el parlamento con independencia respecto del rey, con el presidencialismo que caracterizó y continúa caracterizando al régimen mexicano desde el siglo XIX, especialmente entonces, cuando el Poder Ejecutivo recaía en manos de Antonio López de Santa Anna, un militar conservador contrario a los ideales de Arriaga. Enseguida, porque, como recuerda Jorge Carpizo,¹⁰ a pesar de la importancia que sin duda hay que reconocerles, ni la Procuraduría de Pobres ni el pensamiento de Ponciano Arriaga parecen haber representado la visión imperante en el país en aquella época, que, más bien,

⁹ Natarén, *op. cit.*

¹⁰ Carpizo, Jorge, "Palabras de Jorge Carpizo con motivo de su investidura como doctor *Honoris Causa* de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, núm. 134, mayo-agosto de 2012, pp. 813-827.

como afirma Dienheim, se decantó hacia el amparo,¹¹ por lo que posiblemente es menester ubicar esta institución como un esfuerzo aislado, lo que se refuerza cuando, como hace Oñate, se analizan sus vicisitudes y se escudriñan las razones y el contexto de su pronta desaparición.¹² Finalmente, la última razón por la que la distancia histórica importa es que, como señala Carpizo, Arriaga era un visionario cuyo pensamiento es quizá ubicable más precisamente en lo que años después se denominó *liberalismo social*, por lo que es muy probable que, en el amplio contexto de reserva a un pensamiento que se adelantaba a la revolución por casi un cuarto de siglo, la idea de situar la Procuraduría de Pobres fuera de la jurisdicción, lejos de ser considerada visionaria, habría sido más bien desdeñada.¹³

Comprendido el contexto histórico en el que surgió y desapareció la Procuraduría de Pobres, destaca para este análisis que, más allá de su no pertenencia al Poder Judicial, hay algunos elementos que, siguiendo a Oñate, la distinguen sustancialmente de la figura jurisdiccional que más se le acercara en su tiempo –el amparo, es decir– y que vale la pena delinear:¹⁴

- a. Debían poseer los procuradores de pobres autoridad moral para reclamar directamente a las autoridades en representación de las personas que a ellos acudían.
- b. Estaban obligados a exigir reparación del daño.
- c. Acompañaban a la víctima, es decir, que no eran neutrales.
- d. No requerían de formalidades.
- e. Debían realizar investigaciones expeditas de los hechos denunciados y, en su caso, imponer sanciones leves, exculpar a las autoridades o bien poner en conocimiento de otras autoridades hechos que fuesen graves.
- f. Ejercían una magistratura de opinión, pues tenían acceso directo a la imprenta pública para dar a conocer sus resoluciones cuando estas no eran atendidas.
- g. Poseían facultades de supervisión en juzgados, cárceles, “oficios públicos” y otros lugares donde los derechos de los pobres pudiesen estar comprometidos.
- h. Podían actuar de oficio.
- i. El gobierno debía proveerles un local cercano al público.

¹¹ Dienheim, *op. cit.*

¹² Oñate, Santiago, “El procurador de pobres instituido en San Luis Potosí en 1847 y la protección de los derechos humanos. (Exposición de motivos y texto del decreto número 18 expedido por el Congreso Constitucional del Estado de San Luis Potosí, el cinco de marzo de 1847)”, *Anuario Jurídico*, núm. 1, 1974, pp. 516-527.

¹³ Carpizo, “Palabras de Jorge Carpizo”, *op. cit.*, 2012.

¹⁴ Oñate, *op. cit.*, 1974.

- j. Sus servicios y los gastos derivados de ellos corrían a cargo del Estado.
- k. Podían tener noticia de los agravios que eran de su competencia, incluso por terceras personas, de cualquier parte del Estado.
- l. Estaban sujetos a la rendición de cuentas por sus actuaciones frente al gobierno del Estado.

2. La protección no jurisdiccional de los derechos humanos en el periodo social

El segundo periodo estaría marcado por la era posrevolucionaria y su impronta en lo social, caracterizado por un Estado fuerte, autoritario e interventor que, no obstante haber asumido variantes ideológicas importantes que van desde el socialismo cardenista hasta el populismo de Echeverría y López Portillo, hallaron identidad en el modelo de desarrollo del llamado periodo estabilizador –lo más cercano que México estuvo del *Welfare State*– que se desplegó desde el sexenio de Miguel Alemán hasta el de Gustavo Díaz Ordaz.

No obstante, el común denominador en todo este segundo momento es la presencia constante del Ejecutivo en el control directo de las reformas a la Constitución y las leyes y en la construcción de las garantías secundarias necesarias para la protección de los derechos sociales incorporados, fundamentalmente en los artículos 3, 27 y 123 de la Constitución. De ahí que, para este periodo, valdría la pena hablar de una protección no jurisdiccional *ex post* o, en sentido estricto –es decir, de protección no jurisdiccional mediante la resolución de conflictos–, de una protección no jurisdiccional *ex ante* o, en sentido amplio, es decir, protección como cobertura o, técnicamente, como garantía de acceso a los derechos. En el primer caso predominó el recurso a procedimientos fuera de la jurisdicción de autotutela, autocomposición y heterocomposición, que recurrieron al arbitraje y a la mediación que, según la materia, admitían o no revisión jurisdiccional; en el segundo, más bien obedecieron a la puesta en marcha de una estrategia programática de construcción de institucionalidad, como garantía de acceso a los derechos, que incluía igualmente procedimientos de protección tipo *ex post* relacionados con la presentación de quejas o reclamaciones, pero en el ámbito intrainstitucional.

2.1. Protección no jurisdiccional *ex post* o en sentido estricto

En lo que se refiere a los derechos asociados a la tierra, por ejemplo, el propio artículo 27 recogió los contenidos de la llamada Ley Agraria de 1915 que dio al Ejecutivo Federal la potestad de resolver los conflictos a través de una Comisión Nacional Agraria (CNA), comisiones agrarias en los estados y los respectivos

comités particulares ejecutivos. El procedimiento, de naturaleza tripartita, que iniciaba en estos últimos, culminaba con la sanción del Ejecutivo Federal y era susceptible de revisión en amparo, se fue afinando mediante diversos acuerdos, circulares y decretos que dieron forma a la Ley de Ejidos de 1920 y luego al Reglamento Agrario de 1922, que abrogó la ley precedente y estableció la institución de Procuraduría de Pueblos, dependiente de la CNA, destinada a asistir a quien lo necesitare de manera gratuita en sus procedimientos de dotación o de restitución de ejidos. Más adelante se emitió la Ley de Dotaciones y Restituciones de Tierras y Aguas, de 1927, con la finalidad de ordenar la normativa agraria, para lo cual se derogaron las disposiciones anteriores a ella y, entre otras cuestiones, a las anteriores autoridades agrarias se agregaron los gobernadores de los estados, quienes al parecer fungían, en cuanto titulares de los ejecutivos locales, como primera instancia, antes de que los expedientes pasasen a la CNA y de ahí al Ejecutivo Federal para su sanción final. Ese año y los siguientes se aprobaron nuevas leyes y también un par de reformas a la propia Ley de Dotaciones, hasta que la cantidad de amparos interpuestos por los afectados del reparto agrario comenzó a representar un obstáculo que en los hechos nulificaba los fines del artículo 27 constitucional y que, además, representaba un gasto excesivo para el gobierno. Para resolver la situación, el presidente Ortiz Rubio expidió en diciembre de 1931 un decreto que reformó el artículo 10 de la Ley Agraria de 1915, vigente aún por haber sido declarada una ley constitucional en 1917, para prohibir el recurso al amparo, con lo que la justicia agraria quedó por completo en manos del Ejecutivo. Posteriormente, con el *Código Agrario* de 1934 desaparece la CNA, que es sustituida por el Departamento Agrario –que incluye ahora a la Procuraduría de Pueblos–, las comisiones locales agrarias –nuevo nombre que se asigna a las anteriores comisiones agrarias mixtas– y los comités particulares ejecutivos –ahora denominados comités ejecutivos agrarios–, instancias todas ellas que continúan fungiendo como autoridades agrarias, junto con el Ejecutivo Federal y los gobernadores. En 1940 y en 1942, se emitieron nuevas versiones del *Código Agrario* de 1934, que, en realidad, representaron ajustes al primero, y dos décadas más tarde el presidente Ruiz Cortines creó la Procuraduría de Asuntos Agrarios, dependiente también del Departamento Agrario y destinada, como su predecesora Procuraduría de Pueblos, al asesoramiento gratuito de los campesinos.¹⁵

¹⁵ Según afirma Isaías Rivera, “de origen la Procuraduría Agraria recibió una buena dosis de autonomía respecto de la estructura orgánica del Departamento Agrario [...] ya que se ordenaba el nombramiento de Procuradores de Asuntos Agrarios en cada entidad federativa donde existieran oficinas del Departamento y en las oficinas centrales, los cuales debían ser nombrados por el jefe del Departamento Agrario, del cual dependerían directamente, con aprobación expresa

En un arco de casi treinta años, el *Código* de 1942 fue objeto de diversas reformas e igualmente se expidieron varios decretos —como el de 5 de agosto de 1953, que creó la Procuraduría de Asuntos Agrarios— que, en su conjunto, permiten afirmar que todo este proceso implicó el moldeamiento de un sistema de justicia cuasijurisdiccional que se recogió y sistematizó con mejor técnica jurídica en 1971, cuando se expidió la Ley Federal de la Reforma Agraria, que refrendó la máxima autoridad del presidente de la República e insistió en la prohibición del amparo como recurso ante sus resoluciones y cuyo reglamento —que fue el Reglamento Interior de la Secretaría de la Reforma Agraria— estableció una Dirección General de Procuración, Quejas e Investigación Agraria a la que le correspondió la función de procuración en la materia.¹⁶ Hasta 1992, este sistema de justicia rigió como mecanismo de protección no jurisdiccional de los derechos asociados a la tenencia de la tierra.

Por su parte, en cuanto a la protección de los derechos laborales, es interesante observar que la idea del trabajo como el producto de un contrato, propia del periodo liberal y, por tanto, susceptible de acuerdos, sugirió desde 1913 la creación de juntas destinadas a resolver los conflictos entre trabajadores y patrones, e incluso a fijar salarios mínimos, planteando la idea de que sus resoluciones fuesen consideradas sentencias arbitrales que no admitieran más recursos. Aunque el proyecto de ley donde esta idea se contenía no prosperó en su momento en el Congreso de la Unión, entre 1914 y 1916 diversos estados de la república aprobaron la creación de organismos similares, con lo que se generó una tendencia que tomó como modelo la experiencia veracruzana, finalmente recogida en el artículo 123 constitucional.¹⁷

Ahí mismo decidió el constituyente crear las Juntas de Conciliación y Arbitraje en materia laboral basándose en la configuración tripartita, que ya había demostrado ser muy eficiente en la experiencia previa de resolución de conflictos

del presidente de la República". Cfr. Rivera Rodríguez, Isaías, "La procuración agraria en la historia de México", *Revista de la Procuraduría Agraria*, núm. 4, julio-septiembre de 1996, p. 226.

¹⁶ Sería en la reforma constitucional de 1983 donde se añadiría una fracción XIX al artículo 27 constitucional que daría fundamento a la creación y operación de un órgano de procuración agraria que, en los hechos, continuó ejerciendo la Dirección General de Procuración Agraria a la que la reforma de 1985 al Reglamento de la Secretaría de la Reforma Agraria cambió el nombre por el de Dirección General de Procuración Social Agraria. Cfr. Rivera, *ibidem*.

¹⁷ Sobre la importancia de las leyes de trabajo emitidas entre 1914 y 1916 puede verse: Herrera González, Patricio, "La sociedad salarial mexicana y su compleja integración social en un contexto revolucionario", *Relaciones: Estudios de Historia y Sociedad*, vol. 31, núm. 124, noviembre de 2010, pp. 125-140. Un panorama más amplio de la importancia de la legislación veracruzana de principios del siglo XX puede verse en: González Sierra, José, "Revolución y derecho obrero: Veracruz 1914-1916", *Anuario Centro de Investigaciones Históricas. Universidad Veracruzana*, núm. 4, 1986, pp. 117-168.

en la materia, en la que participaban trabajadores, patrones y gobierno. Por supuesto, la conciliación y el arbitraje fueron los mecanismos principales de solución de los conflictos, aunque estas resoluciones debían ser homologadas por vía jurisdiccional. Como es sabido, en 1931 se expidió la Ley Federal del Trabajo que sistematizó las competencias que en materia de solución de conflictos laborales tendrían las juntas locales y la federal, según el tipo de industria donde estos se dieran. Al igual que en el caso de la justicia agraria, los primeros años fueron de ajustes, para finalmente dar lugar a un modelo de justicia que podía considerarse enteramente novedoso, que logró combinar: 1) lo no jurisdiccional en su parte instancial con lo jurisdiccional en la casación; 2) procedimientos de equidad en la primera instancia y de derecho en la revisión judicial; 3) su naturaleza administrativa con su autonomía técnica; y 4) finalmente, su enfoque de justicia individual con el de justicia colectiva. Al final, hacia la segunda mitad del siglo y hasta la reciente reforma de 2017, la protección de los derechos laborales ocurrió de acuerdo con este esquema híbrido que, al igual que en el campo de la justicia agraria, permitió en todo momento una influencia sustancial del Poder Ejecutivo en el terreno de la solución de los conflictos laborales.¹⁸

El más reciente de los órganos de protección no jurisdiccional de derechos sociales se creó en 1976, con la finalidad de brindar protección a las y los consumidores a partir de un conjunto de facultades que lo convierten en autoridad administrativa responsable de promover y proteger los derechos e intereses asociados al consumo y de procurar la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. El procedimiento se sustancia a petición de parte mediante denuncia o queja, cuyo trámite se desahoga, en el primer caso, con la supervisión directa de la institución, con el fin de verificar si se ha violado la ley y, en su caso, sancionar al infractor, o bien, en el caso de una queja, mediante un procedimiento subsidiario que inicia con la conciliación que, de fallar, da paso al arbitraje; si este tampoco prospera, procede entonces una intervención de oficio

¹⁸ Existe una amplia literatura sobre derecho laboral en México. En particular, sobre las juntas, se consultó para este trabajo el texto autoría del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, "Origen y evolución de las Juntas de Conciliación y Arbitraje", *Cuadernos de Jurisprudencia*, núm. 2, México, SCJN, 2008. Para entender mejor el rol de las juntas en la tradición jurídica nacional ha sido muy importante consultar a Carpizo, Jorge, "La naturaleza jurídica de las juntas de conciliación y arbitraje en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año V, núm. 15, septiembre-diciembre de 1972, pp. 383-416. También: Moctezuma Barragán, Javier, "El artículo 123", en AA. VV., *Ochenta años de vida constitucional en México*, México, Cámara de Diputados, IJ-UNAM, 1998; y Kurczyn Villalobos, Patricia, Reynoso Castillo, Carlos y Sánchez Castañeda, Alfredo, *La justicia laboral: administración e imparcialidad*, México, IJ-UNAM, 2005.

para que la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco) verifique si se violó la ley, para, en su caso, sancionar.¹⁹

2.2. Protección no jurisdiccional ex ante o en sentido amplio

Es interesante observar de qué manera la garantía de otros derechos sociales, como la salud, la vivienda y otros más asociados con la alimentación o el esparcimiento, ocurrieron al amparo de la protección de los derechos laborales. Ello da cuenta de la amplitud con la que desde 1917 se ha concebido el derecho al trabajo, que durante ese periodo abandonó la concepción liberal contractual para adoptar una de naturaleza social, más proteccionista, aunque, sin duda, también más clientelar. Fue en los últimos años del periodo social que ahora se analiza cuando se crearon los dos grandes sistemas de seguridad social que hasta la fecha existen: primero el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) en 1940 y posteriormente el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (Issste) en 1960, encargados de atender la salud de las y los trabajadores en general y del Estado mexicano, respectivamente, pero también de lo relativo a las políticas de salud pública y las pensiones.

Igualmente, al amparo del artículo 123, como prestaciones laborales surgieron el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit) y el Fondo de la Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (Fovissste), para los trabajadores al servicio del Estado, ambas instituciones dedicadas al fomento de la vivienda para derechohabientes afiliados al IMSS y al Issste, respectivamente. También en esta época se crearon centros populares de abasto, como los supermercados del Issste en 1953 o los de la Compañía Nacional de Subsistencias Populares (Conasupo) en 1960, cuya función era la de aproximar al consumo popular los productos de la canasta básica a precios controlados y accesibles; la misma función cumplió más tarde Liconsa, distribuidora especializada en leche. Para inicios de los años ochenta, el Issste brindaba prestaciones tales como el seguro de cesantía en edad avanzada, medicina preventiva, servicios a jubilados y pensionados, servicios turísticos, servicios funerarios, préstamos a mediano plazo y guarderías.²⁰

¹⁹ Véanse, de la Procuraduría Federal de Protección del Consumidor, *Guía de la conciliación personal; Guía de la asesoría y recepción de quejas; y Proceso y requisitos de quejas y denuncias*.

²⁰ Cfr. Cámara de Diputados, *El Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado (ISSSTE) a dos años de la reforma*, México, Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, 2009. Sobre el IMSS, fue consultada su página oficial (<https://imss.gob.mx>). Sobre Fovissste, véase Trueba Lara, José Luis, *Fovissste, una historia compartida 1917-2017*, México, El Tucán de Virginia, 2016.

En lo que se refiere a la protección del derecho a la educación –que igualmente se ha visto afectada por los vaivenes ideológicos que las distintas versiones del priísmo adoptaron durante el periodo social–, ella ha tenido lugar principalmente a través de las sucesivas reformas al artículo 3o. constitucional desde su redacción original en 1917, así como de la construcción de un magisterio sólidamente formado en torno a los relatos que del país tuvieron los proyectos educativos del nacionalismo revolucionario, el socialismo cardenista, el modernismo alemanista y el populismo echeverrista y lopezportillista; desde luego, también en la construcción de normales y edificios escolares para cumplir, por lo menos, con la obligación de brindar educación primaria universal.²¹ Sin embargo, resulta interesante que, siendo las y los educandos los titulares del derecho a la educación, la protección del Estado se haya orientado mucho más al sector magisterial, cuyos miembros, al igual que los obreros y el campesinado, se tornaron actores políticos relevantes en todo ese periodo y aún continúan siéndolo.

El análisis de este periodo social permite sugerir que el tipo de instituciones y procedimientos pensados para la defensa de los derechos sociales se enfrentó a la necesidad de reconocer que la justicia convencional no es suficiente cuando de lo que se trata es de construir condiciones de equidad entre sectores que guardan relaciones históricas de asimetría: patrones y trabajadores, latifundistas y campesinos y, ya en la última parte del siglo, proveedores y consumidores. El recurso a procedimientos fuera de la jurisdicción que permitieran al Ejecutivo custodiar la buena marcha de las promesas revolucionarias y de los sectores con los que había adquirido una deuda histórica resultó fundamental, aun cuando en algunos casos, como el de la justicia laboral, hubiese intervención judicial en la etapa de casación. El Estado mexicano encontró en las figuras de la mediación, la conciliación y el arbitraje mecanismos que le permitieron construir modelos tripartitas en los que, de manera directa o indirecta, tuvo siempre un asiento que le permitió la discrecionalidad necesaria para posicionar el fiel de la balanza de acuerdo con el interés marcado por el jefe del Ejecutivo, con un discurso formal de respeto a los otros poderes. Naturalmente, ello le permitió también ejercer un control institucional fuerte sobre sectores de importancia política innegable, a los que esa misma discrecionalidad del sistema le permitió dominar.

²¹ Cfr. Trujillo Olguín, Jesús Adolfo, “Las reformas educativas en México; un recuento de las modificaciones constitucionales (1934-2013)”, en Trujillo Olguín, J. A., Rubio Molina, P. y García Leos, J. L. (coords.), *Desarrollo profesional docente: las competencias en el marco de la reforma educativa*, México, ENP José Medrano, 2015, pp. 77-92.

3. La protección no jurisdiccional de los derechos humanos en el periodo neoliberal

Es justamente en el llamado periodo neoliberal cuando surge la mayoría de las instituciones de protección no jurisdiccional a las que se refiere la literatura especializada. No las describo en detalle, porque en ello ha trabajado prolija y prolíficamente la casi totalidad de quienes tratan el tema, en especial Natarén²² y Castañeda,²³ quienes coinciden en las siguientes:

- Defensoría de los Derechos Universitarios de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) (1985).
- Procuraduría para la Defensa del Indígena en Oaxaca (1986).
- Procuraduría Social de la Montaña del Estado de Guerrero (1987).
- Procuraduría de Protección Ciudadana del Estado de Aguascalientes (1988).

Castañeda por su parte añade las que a continuación se mencionan:

- Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Nuevo León (1979).
- Procuraduría de los Vecinos del Municipio de Colima (1983).
- Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal (1989).

Por su parte, Dienheim²⁴ considera instituciones no jurisdiccionales de protección de derechos humanos todas las anteriores y agrega, entre otras, las siguientes:

- Defensoría de los Derechos de los Vecinos del Municipio de Querétaro (1988).
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (1990).
- Instituto Federal Electoral (IFE), hoy Instituto Nacional Electoral (INE) (1990).
- Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed) (1996).
- Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef) (1999).
- Comisión Federal para la Prevención contra Riesgos Sanitarios (Cofepris) (2001).
- Instituto Federal de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (IFAI), hoy Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) (2002).

²² Natarén, *op. cit.*

²³ Castañeda, *op. cit.*

²⁴ Dienheim, *op. cit.*

- Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) (2003).
- Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (2014).
- Procuraduría de la Defensa del Ambiente (Profepa) (1992).
- Procuraduría de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2014).
- Instituto Nacional de las Mujeres (2001).
- Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI) (2018).
- Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (Prodecon) (2004).
- Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) (2013).
- Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) (2013).

Aunque existen diferencias importantes entre estas instituciones, que las y los autores revisados han puesto de manifiesto, la mayoría comparte procedimientos destinados a agilizar procesos de justicia relacionados con la protección especializada de derechos humanos en los que la mediación, la conciliación y el arbitraje siguen jugando un rol importante. Sin embargo, vale la pena mencionar que en este periodo, en el que se aprecia al Estado mismo como el potencial perpetrador de los derechos de la ciudadanía, la asimetría de la que se parte es precisamente esa, por ello, en aquellas instituciones en las que los procedimientos antes señalados no son los principales, la defensa no jurisdiccional exige un conjunto de factores que facilitan la labor de empoderamiento ciudadano. La ONU los ha sistematizado como sigue:²⁵

- Independencia: autonomía jurídica, operacional y financiera; procedimientos transparentes de nombramiento y destitución; composición plural, multisectorial.
- Competencia definida y facultades apropiadas: en razón de materia y autoridad a supervisar; competencia propia de carácter complementario; facultades expresas en la ley.
- Accesibilidad: amplia difusión de la existencia de la institución; ubicación cercana y accesible mediante transporte público.
- Cooperación: con organizaciones de la sociedad civil; con otras instituciones similares; con organizaciones intergubernamentales.
- Eficacia operacional: recursos adecuados; métodos de trabajo; personal competente; capacidad de revisión y evaluación.
- Rendición de cuentas: capacidad de rendir informes.

²⁵ Organización de las Naciones Unidas, *Instituciones nacionales de derechos humanos. Manual sobre la creación y el fortalecimiento de instituciones nacionales para la promoción y protección de los derechos humanos*, Ginebra, ONU, Serie de Capacitación Profesional, núm. 4, 1995, pp. 33-88.

A estos factores podrían añadirse otros, como los que ha señalado Jorge Carpizo, a saber:

- a. Su labor es de investigación, no de resolución judicial.
- b. No se siguen las etapas que todo proceso contiene y no comienza una etapa mientras no se ha terminado la anterior.
- c. No se respetan las formalidades propias de un debido proceso legal.
- d. Por el contrario, debe ser un procedimiento ágil, no formal y muy rápido.
- e. Algunos derechos pueden ser omitidos, como el de audiencia, el de defensa y el de presentar pruebas.²⁶

Más allá de estos factores –con los que no siempre cuentan las instituciones de protección no jurisdiccional del periodo neoliberal en México o, cuando se dan, no siempre los hacen efectivos–, la pregunta de fondo es más bien por qué surgieron hasta este momento. A juzgar por las características mencionadas, que la ONU publicó a mediados de la década del noventa, tres años después de que aparecieran los *Principios de París*, en 1992,²⁷ parece posible distinguir un periodo previo de transición que abarca los años ochenta y principios de los noventa, y luego uno de autonomización, multiplicación y especialización de estas instituciones.

Siguiendo este argumento, podría plantearse que los ochenta configuran un momento de ajuste en el que las primeras instituciones responden, en efecto, a una necesidad de desarrollar instancias de resolución de conflictos menos engorrosas que las que, incluso fuera de la jurisdicción, requerían de grandes burocracias y procedimientos complejos. Es bien sabido que la institución del *ombudsman* era discutida en la academia desde los años cincuenta y que el ánimo creador de uno de sus principales impulsores, Jorge Carpizo, está detrás de la instauración de la Defensoría de los Derechos Universitarios ocurrida durante su rectoría al frente de la UNAM, en 1985. No sería raro que las instituciones estatales y municipales de defensa no jurisdiccional de derechos que surgieron en esos años hayan estado inspiradas por la influencia de esa discusión. Sin embargo, destaca que, en todos los casos, se trata de organismos gubernamentales, lo

²⁶ Carpizo, Jorge, "Es acertada la probable transferencia de la función de investigación de la Suprema Corte a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos", en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM, 2011, p. 330 ss.

²⁷ Los *Principios de París* (<https://www.hhri.org/es/publication/los-principios-de-paris/>) son el instrumento internacional que la Comisión de Derechos Humanos de la ONU publicó en 1991 y que norma los criterios que definen a las instituciones nacionales de derechos humanos en el mundo.

que hace pensar que la inercia del periodo anterior, en el que el Poder Ejecutivo jugaba un rol central, seguía siendo vista como normal. De hecho, el antecedente inmediato de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) era una dirección general de la Secretaría de Gobernación, además que a la propia institución del *ombudsman* nacional se la concibió en el decreto que la creó como un órgano desconcentrado de esa misma secretaría.

Fue en los años noventa cuando comenzó a darse la tendencia a la creación de órganos autónomos. Carpizo hace recordar que esa discusión estaba ya en ciernes, precisamente cuando se debatía la naturaleza de las juntas de conciliación y arbitraje, a las que ciertos tratadistas consideraban un “cuarto poder”.²⁸ Sin embargo, es claro que el periodo social de México, inserto como lo estaba en una fase de la modernidad caracterizada por una esfera del Estado hipertrofiada, con pleno control sobre el mercado, no admitiría un poder soberano que alterara la balanza que pesaba notablemente en contra de los Poderes Legislativo y Judicial. La única institución que gozaba de una cierta autonomía era la Universidad Nacional, otorgada por el presidente Portes Gil en 1919 y luego refrendada y ampliada por el presidente Ávila Camacho en 1945; sin embargo, no fue sino hasta 1980 cuando finalmente la UNAM consiguió la autonomía constitucional.

Por ello, tuvo que ser necesario que el rol del Estado se modificara y que el mismo derecho se transformara. Los acontecimientos que dan contexto a este reciente periodo ocurren en el seno de un proceso de alcances globales que implica la superposición de la esfera del mercado sobre la del Estado y su consecuente debilitamiento a manos de una novedosa forma de control gubernamental con un sesgo más bien “empresarial”. En el seno de ese proceso, el cambio legal acusa una fuerte tendencia a la desregulación en sentido amplio y a un acotamiento del rol del derecho hacia el ideal de la *rule of law*, que es el de un derecho mínimo pensado más bien para facilitar la acción del mercado.²⁹

²⁸ Carpizo, “La naturaleza jurídica de las juntas”, *cit.*

²⁹ En otros espacios he desarrollado esta idea, según la cual los mecanismos de control social operan desde el mercado, por una parte, como dice Chomsky, “regulando al regulador” mediante una serie de procedimientos que incluyen la incorporación de un lenguaje de administración de corte empresarial mediante el cual ejercen control y vigilancia sobre las funciones del Estado (cfr. Chomsky, Noam, *Requiem por el sueño americano. Los diez principios de la concentración de la riqueza y el poder*, México, Sexto Piso, 2017) y, por la otra, incorporando la noción de gobernanza como un mecanismo de “gobierno sin gobierno” que abre espacios a la sociedad civil organizada para intervenir en ámbitos otrora reservados a funciones de Estado (cfr. Brown, Wendy, *El pueblo sin atributos: la secreta revolución del neoliberalismo*, México, Malpaso, 2017).

México comenzó a experimentar estos cambios en los años ochenta y durante un arco temporal que duró al menos tres décadas.³⁰ La apertura en lo económico obligó al país a abrirse también al escrutinio internacional en otros ámbitos y a ir adoptando un marco institucional acorde con la nueva realidad. La apuesta por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y posteriormente por un tratado similar con la Unión Europea impuso al país una importante presión para democratizar los espacios y para agilizar los procedimientos que deberían dar garantías al libre desarrollo del mercado. Por ello no resulta un despropósito afirmar que la instauración de los órganos autónomos en México tiene lugar en los años noventa *a pesar* de la resistencia ofrecida por un Estado que siguió siendo autoritario, guarnecido por una cultura jurídica *ad hoc*, construida a lo largo de setenta años para protegerlo y para justificarlo. En ese sentido se puede plantear que la era de los organismos autónomos nace en el seno de la tensión entre un Estado que en sus prácticas institucionales y en relación con sus normas sigue comportándose de manera inercial y una nueva “gubernamentalidad” que exige apertura y controles a los que el mismo Estado que la está implementando no estaba habituado.

Y es que, como bien refieren López y Fix, no es posible soslayar que la correlación existente entre cambio social y cambio jurídico termina por influenciar, en función del sino de la época, el sentido de las normas, sus contenidos, las instituciones que regulan y hasta la formación y vocación de los operadores jurídicos que las hacen funcionar.³¹ Por ello, a lo largo de este prolongado periodo de treinta años, a caballo entre el conservadurismo jurídico-político y la intención de implementar la gubernamentalidad neoliberal en el país, la aparición de los órganos autónomos podría explicarse más bien como la emergencia de novedosos mecanismos de supervisión sobre el Estado, realizada por instituciones

³⁰ Desde luego, varios factores incidieron en ello: el estado de la *deuda externa*, la inflación creciente y descontrolada, la *desigualdad social polarizada* y el *incremento de la pobreza*, que experimentaba el país a finales de los años setenta, así como la efervescencia política motivada por la organización social que devino al sismo de 1985, la violencia institucional que desde entonces planteaba ya la llamada “lucha contra el narcotráfico” iniciada por el presidente De la Madrid, el fuerte cuestionamiento de legitimidad de la elección de 1988 y una arraigada y bien ganada desconfianza en las instituciones, en especial en las encargadas de los ámbitos jurisdiccional y electoral, factores que constituyeron el caldo de cultivo que ofreció al controvertido ganador de esa última elección, Carlos Salinas de Gortari, la oportunidad de hacer un llamado a la solidaridad y a la unidad nacional mediante un pacto económico, que tuvo también importantes componentes políticos y, en consecuencia, jurídicos. *Cfr.* Santiago Castillo, Javier, “Crisis de los modelos de crecimiento económico”, en Cuna Pérez, Enrique, González Madrid, Miguel y Santiago Castillo, Javier, *México entre siglos, contexto balance y agenda*, México, UAM, s.f.

³¹ Véase López Ayllón, Sergio y Fix Fierro, Héctor, “Tan cerca, tan lejos. Estado de Derecho y cambio jurídico en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXIII, núm. 97, enero-abril de 2000, pp. 155-267.

que están a medio camino entre el propio Estado y la sociedad civil, de modo tal que, paradójicamente, cumplen al mismo tiempo una función formal de control *hacia*, pero también una función material de protección *del* Estado mismo.

VII. CONCLUSIONES

El análisis de los hallazgos y, sobre todo, su contextualización permiten concluir que la protección no jurisdiccional de los derechos humanos ha obedecido definitivamente al contexto en el que las instituciones fueron pensadas y creadas: en un primer momento, como un mecanismo de control del ciudadano hacia el Estado en el marco del liberalismo mexicano; en el segundo momento, la protección no jurisdiccional se diseñó para garantizar el control directo del Estado sobre las promesas de la revolución, con un recurso privilegiado a la mediación, la conciliación y el arbitraje, pero con presencia gubernamental y amplia discrecionalidad para influenciar la dirección de las resoluciones; y, finalmente, durante el periodo neoliberal, ha sido la autonomía la característica clave que ha permitido un paulatino pero eficiente debilitamiento del Estado, desde organizaciones del llamado tercer sector. Quizá son esas las razones de que no se haya desarrollado una doctrina de la defensa no jurisdiccional de los derechos humanos.

Por ahora, la hipótesis de trabajo enunciada en este estudio encuentra soporte en el análisis de los hallazgos. Sin embargo, como se afirmó al principio, estas conclusiones han de ser tomadas como el resultado de un estudio exploratorio que, sin duda, debe ser profundizado.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ICAZA LONGORIA, Emilio, “Prospectiva del procedimiento no jurisdiccional de protección a los derechos humanos”, en FERRER MACGREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional*, vol. VII: *Procesos constitucionales de la libertad*, México, IJ-UNAM, IMDP, Marcial Pons, 2008.
- BROWN, Wendy, *El pueblo sin atributos: la secreta revolución del neoliberalismo*, México, Malpaso, 2017.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, *El Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado (ISSSTE) a dos años de la reforma*, México, Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, 2009.
- CAMARENA LOZANO, Sergio Arturo, “Defensa no jurisdiccional de los derechos humanos. Estudio de derecho comparado”, *Epikieia. Derecho y Política*, núm. 24, verano de 2014, pp. 1-12.

- CARPIZO, Jorge, “Es acertada la probable transferencia de la función de investigación de la Suprema Corte a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011.
- CARPIZO, Jorge, “La naturaleza jurídica de las juntas de conciliación y arbitraje en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año V, núm. 15, septiembre-diciembre de 1972, pp. 383-416.
- CARPIZO, Jorge, “Palabras de Jorge Carpizo con motivo de su investidura como doctor *Honoris Causa* de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, núm. 134, mayo-agosto de 2012, pp. 813-827.
- CASTAÑEDA, Myreya, *La protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México*, México, CNDH, 2011.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Principios de París*, ONU. <https://www.hhri.org/es/publication/los-principios-de-paris/>
- CHOMSKY, Noam, *Réquiem por el sueño americano. Los diez principios de la concentración de la riqueza y el poder*, México, Sexto Piso, 2017.
- CUNA PÉREZ, Enrique, GONZÁLEZ MADRID, Miguel y SANTIAGO CASTILLO, Javier, *México entre siglos. Contexto, balance y agenda*, México, UAM, s.f. http://dcsh.izt.uam.mx/cen_doc/cede/M%C3%A9xico_entre_siglos_Contexto_balance_y_agenda%20/%255bUTF-8%25dMeI-xico-entre-siglos-72-89.pdf
- DEL RIVERO, José Alberto, “La protección no jurisdiccional y sectorial de los derechos humanos: reflexiones en torno al derecho a la vivienda adecuada en México”, *Revista Inclusiones*, vol. 7, núm. especial, 2020, pp. 65-83.
- DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel de, “Consideraciones sobre la protección no jurisdiccional de los derechos humanos y la figura del Ombudsman en México”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MAGAÑA DE LA MORA, Juan Antonio y ROA ORTIZ, Emmanuel (coords.), *Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica. A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales*, t. 1, México, IJ-UNAM, 2018, pp. 183-204.
- FIX FIERRO, Héctor, “La reforma al artículo 102 de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, enero de 1993.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Protección jurídica de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1991.
- FLORES ERAÑA, Alejandro, *Procedimientos y disfunciones del sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos y su proclividad competencial hacia el Poder Ejecutivo. Elementos para un sistema ampliado de derechos humanos*, Tesis de Maestría en Derechos Humanos, México, Universidad Iberoamericana, 2017.
- GIL RENDÓN, Raymundo, “Sistemas de protección jurisdiccional y no jurisdiccional de los derechos humanos en México”, *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, núm. 7, 2011, pp. 1-24.

- GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis, “El apartado B del artículo 102 constitucional y la reforma de junio de 2011. ¿De dónde viene y a dónde va el sistema *Ombudsman* en México?”, en CABALLERO, J. L. y FERRER, E., *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2011-2021). Una evaluación con perspectiva de futuro*, en prensa.
- GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis, *La investigación de los fenómenos jurídicos*, México, Ubijus, 2019.
- GONZÁLEZ SIERRA, José. “Revolución y derecho obrero: Veracruz 1914-1916”, *Anuario Centro de Investigaciones Históricas. Universidad Veracruzana*, núm. 4, 1986, pp. 117-168. <https://cdigital.uv.mx/bitstream/handle/123456789/8280/anua-IV-pag117-168r.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- HERRERA GONZÁLEZ, Patricio, “La sociedad mexicana y su compleja integración social en un contexto revolucionario”, *Relaciones: Estudios de Historia y Sociedad*, vol. 31, núm. 124, noviembre de 2010, pp. 125-140.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURISPRUDENCIALES Y DE PROMOCIÓN Y DIFUSIÓN DE LA ÉTICA JUDICIAL, “Origen y evolución de las Juntas de Conciliación y Arbitraje”, *Cuadernos de Jurisprudencia*, núm. 2, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.
- ISLAS COLÍN, Alfredo y MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *Derechos humanos. Protección jurisdiccional y no jurisdiccional en los sistemas nacional e interamericano*, México, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2015.
- KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, REYNOSO CASTILLO, Carlos y SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo, *La justicia laboral: administración e impartición*, México, IJJ-UNAM, 2005.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio y FIX FIERRO, Héctor, “Tan cerca, tan lejos. Estado de Derecho y cambio jurídico en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXIII, núm. 97, enero-abril de 2000, pp. 155-267.
- MOCTEZUMA BARRAGÁN, Javier, “El artículo 123”, en AA. VV., *Ochenta años de vida constitucional en México*, México, Cámara de Diputados, UNAM, IJJ-UNAM, 1998.
- MORENO, Jaime, “El liberalismo constitucional de México”, en AA. VV., *La independencia de México a 200 años de su inicio. Pensamiento social y jurídico*, México, Facultad de Derecho UNAM, 2010, pp. 321-342.
- NÚÑEZ GARCÍA, Víctor M., “Los orígenes del liberalismo mexicano. Élite y grupos de poder en Puebla (1833-1857)”, *Secuencia*, núm. 78, septiembre-diciembre de 2010, pp. 43-87.
- NATARÉN, Carlos, *La defensa no jurisdiccional de los derechos fundamentales en México. Estudio del Sistema Nacional de Organismos de Protección de Derechos Humanos*, México, CNDH, 2005.
- OÑATE, Santiago, “El procurador de pobres instituido en San Luis Potosí en 1847 y la protección de los derechos humanos. (Exposición de motivos y texto del decreto número 18 expedido por el Congreso Constitucional del Estado de San Luis Potosí, el cinco de marzo de 1847)”, *Anuario Jurídico*, I, 1974, pp. 516-527.

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Instituciones nacionales de derechos humanos. Manual sobre la creación y el fortalecimiento de instituciones nacionales para la promoción y protección de los derechos humanos*, Ginebra, ONU (Serie de capacitación profesional, núm. 4), 1995, pp. 33-88.
- PROCURADURÍA FEDERAL DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR, *Guía de la asesoría y recepción de quejas*. https://www.profeco.gob.mx/juridico/Documentos/SSC/Normatividad_TomoI/GUÍA%20DE%20LA%20ASESORÍA%20Y%20RECEPCIÓN%20DE%20QUEJAS6.pdf
- PROCURADURÍA FEDERAL DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR, *Guía de la conciliación personal*. https://www.profeco.gob.mx/juridico/Documentos/SSC/Normatividad_TomoII/GUÍA%20DE%20LA%20CONCILIACIÓN%20PERSONAL8.pdf
- PROCURADURÍA FEDERAL DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR, *Proceso y requisitos de quejas y denuncias*. https://www.profeco.gob.mx/juridico/Documentos/SSC/Normatividad_TomoI/GUÍA%20DE%20LA%20ASESORÍA%20Y%20RECEPCIÓN%20DE%20QUEJAS6.pdf
- RIVERA RODRÍGUEZ, Isaías, “La procuración agraria en la historia de México”, *Revista de la Procuraduría Agraria*, núm. 4, julio-septiembre de 1996.
- TRUEBA LARA, José Luis, *Fovissste, una historia compartida 1917-2017*, México, El Tucán de Virginia, 2016.
- TRUJILLO OLGUÍN, Jesús Adolfo, “Las reformas educativas en México; un recuento de las modificaciones constitucionales (1934-2013)”, en TRUJILLO OLGUÍN, J. A., RUBIO MOLINA, P. y GARCÍA LEOS, J. L. (coords.), *Desarrollo profesional docente: las competencias en el marco de la reforma educativa*, México, ENP José Medrano, 2015, pp. 77-92.

LA DEFENSA NO JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Nashieli Ramírez Hernández*

RESUMEN

Este capítulo presenta la evolución del sistema no jurisdiccional de protección a derechos humanos en México y reflexiona sobre sus avances y retos. En un primer momento, describe la trayectoria de este sistema a partir de las reformas a los artículos 102 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Posteriormente, analiza las contribuciones de los organismos de protección de derechos humanos a la consolidación de la reforma constitucional del 2011. Y, para finalizar, identifica algunos de los retos y posibilidades que tienen estas entidades en el contexto mexicano. Este recorrido, que recoge treinta años de transformaciones institucionales, procura dar cuenta de la importancia del sistema no jurisdiccional para el avance progresivo de la defensa de los derechos humanos en el país.

I. INTRODUCCIÓN

El Sistema no Jurisdiccional de Protección de Derechos Humanos (Sistema) dispuesto constitucionalmente en México está pronto a cumplir 30 años. Su creación representó un cisma en la relación entre la ciudadanía y las autoridades, al hacerse disponible un recurso de orientación y atención para denunciar violaciones de los derechos humanos. Al establecimiento constitucional del Sistema le siguió la creación de otros organismos creados para regular la interacción entre la población y la autoridad en función de la garantía constitucional de un derecho.

* Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México. Especialista en Investigación Educativa y Ejercicio de la Docencia, Universidad Nacional Autónoma de México. nashieli.ramirez@cdhdf.org.mx

En el país, un segundo momento representó un gran cambio de paradigma constitucional: la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en junio de 2011. A diez años de su promulgación, este capítulo reflexiona sobre sus avances y retos, en particular para la defensa no jurisdiccional de los derechos humanos. El capítulo está dividido en tres secciones. La primera de ellas detalla la evolución del sistema no jurisdiccional de protección de derechos humanos a partir de la descripción de las modificaciones constitucionales al artículo 102, apartado B y, de manera secundaria, del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). La segunda sección está dedicada a la contribución de los organismos de protección de derechos humanos (OPDH) para la consolidación de la reforma y su consecuente materialización. Se hace mención de la experiencia específica de la Ciudad de México para conjugar la oportunidad que brindó la consolidación de la reforma de 2011, la subsecuente reforma política de la Ciudad de México y su concreción en la actual Constitución política, única en el país desarrollada de manera posterior al cambio de paradigma constitucional, así como lo que estos antecedentes le imprimieron al diseño de la actual Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México. Finalmente, se presenta un apartado sobre los retos pendientes.

II. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA NO JURISDICCIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El sistema no jurisdiccional de protección de derechos humanos tiene sus bases constitucionales en las modificaciones de 1992 al artículo 102 de la Carta Magna mediante las cuales se incorporó un apartado B al artículo que hasta entonces únicamente establecía las disposiciones relativas al Ministerio Público de la Federación, hoy el órgano autónomo Fiscalía General de la República. Desde su origen, se dispuso que tanto el Congreso de la Unión como las legislaturas de los estados establecieran “organismos de protección de los Derechos Humanos que *otorga* el orden jurídico mexicano”. También dispuso que estos conocerían de quejas en contra de actos y omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, a excepción del Poder Judicial de la Federación. Asimismo, les otorgó la obligación de “formular recomendaciones públicas *autónomas*, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas”. Es relevante remarcar la autonomía con la que fue concebido el sistema desde su origen por considerar que, inicialmente, fue depositada en los instrumentos recomendatorios y, posteriormente, en su diseño orgánico.

El transitorio segundo del decreto que adicionó el apartado B al artículo 102 estableció que, en tanto se incluyeran los OPDH en los estados, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) podría seguir conociendo las quejas. Finalmente, aquel marcó un plazo de un año a partir de esa reforma para que las legislaturas de los estados constituyeran sus propios organismos. En la historia del Sistema no Jurisdiccional de los Derechos Humanos, vale la pena traer a cuenta este hecho, pues en realidad, si bien es cierto que la CNDH ya existía por decreto presidencial como un desconcentrado de la Secretaría de Gobernación desde 1990, solo hasta 1992 se fijan los antecedentes constitucionales de un sistema en el país, con un piso mínimo que implicó los siguientes elementos: creación de los organismos por las legislaturas, atención de quejas, emisión de recomendaciones *autónomas* y excepción de atender asuntos electorales, jurisdiccionales y laborales.

Para 1999, el artículo 102, apartado B, fue reformado. Rescato la modificación del verbo *otorgar* por *amparar* al referirse a la relación entre los derechos humanos y la Constitución, pues este cambio da cuenta de una de las razones que hace tan relevante la posterior reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos: su garantía. Lo anterior es síntoma del propio debate que existía respecto a las garantías individuales y la idea de que los derechos humanos no tenían el mismo estatus de positivación y de consiguiente protección y exigibilidad para las personas, relegándolos a una aparente posición declarativa.

La reforma de 1999 modificó, además, el origen del órgano que le da vida a la CNDH, pues dejó de ser un organismo del Ejecutivo para ser un organismo con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios creado por una ley emanada del Congreso de la Unión y cuyo titular es electo por el Senado. Con ello, la autonomía cesó de recaer en las recomendaciones emitidas por los organismos para trasladarse a la naturaleza jurídica del propio OPDH, cuyo principal mecanismo de rendición de cuentas fue contemplado como la presentación anual de un informe de actividades a los poderes de la Unión a través de su comparecencia ante las Cámaras del Congreso. El requisito adicional para la CNDH fue contar con un consejo consultivo.

Es de notar también que, desde ese momento, se estableció la obligación de realizar una auscultación entre las organizaciones sociales representativas de los distintos sectores de la sociedad, así como entre los organismos públicos y privados defensores de derechos humanos para elegir a la persona titular del organismo nacional. Lo anterior es de resaltar, pues previamente la participación ciudadana, en cualquiera de sus expresiones, era pobremente incorporada al proceso de conformación de un organismo del Estado. El cambio atendió al entorno de apertura

y construcción democrática que se manifestaba en el país; ningún otro organismo fue concebido en su origen con este elemento.

Fue hasta la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos que se fortaleció la actividad de los OPDH en el país, al fijar como estándar que toda persona servidora pública estaría obligada a responder las recomendaciones y a justificar la no aceptación o el no cumplimiento, mismo que puede llegar hasta una exposición fundada y motivada de tal decisión frente a los Poderes Legislativos.

Sumado a ello, la reforma eliminó la exclusión impuesta originalmente en 1992 para atender asuntos laborales, a la par de los electorales y jurisdiccionales, con lo que, si bien permanece la imposibilidad de competencia para los dos últimos, se abrió la puerta para atender asuntos relacionados con el derecho al trabajo como derecho social desde una perspectiva de derechos humanos. Este es, en sí mismo, un parteaguas en la conceptualización del derecho laboral mexicano. Es cierto que este no cesó, pero, como en muchas otras materias, contó con una nueva plataforma constitucional de fuente internacional para contribuir a la protección y exigibilidad de derechos sociales, como el trabajo, individuales y colectivos.

La reforma constitucional de 2011 agregó un elemento fundamental al piso mínimo común de los organismos de protección de derechos humanos: el reconocimiento de la autonomía constitucional para todos los organismos de protección de derechos humanos, lo que eliminó la heterogeneidad de su naturaleza jurídica en el país. Este reconocimiento llevó consigo, a su vez, el reconocimiento de la importancia del rol de los organismos que forman parte del sistema no jurisdiccional de derechos humanos en el país para la concreción del nuevo paradigma constitucional. La Constitución fortaleció el proceso de elección de la persona titular de los organismos, al incluir la necesaria consulta pública transparente y en los términos y condiciones de la ley.

En lo que toca a la facultad de los OPDH de interponer acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, en 2006 fue reconocida la competencia de los organismos autónomos para interponer acciones de inconstitucionalidad y, en 2013, para interponer controversias constitucionales. Este reconocimiento no es menor, pues originalmente esta facultad era propia de los poderes del Estado, locales y federales, y también se otorgó a la Procuraduría General de la República, primera en su papel de Consejería Jurídica del Ejecutivo hasta el año 1967 y luego como un organismo descentralizado, pero aún en su función de representante jurídico del pueblo. El otorgarles a otros organismos autónomos esta facultad dio cuenta del nuevo entramado democrático que el país estaba listo para respaldar orgánicamente. Es decir, la evolución de la teoría

Tabla 1. Adiciones y modificaciones legislativas

1990	<ul style="list-style-type: none"> Creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos por decreto presidencial como des-concentrado de la Secretaría de Gobernación. Ya existían experiencias locales cuyas funciones estaban alineadas al ánimo de una Defensoría del Pueblo o modelo de <i>ombudsperson</i>.
1992	<p>El Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados:</p> <ul style="list-style-type: none"> Establecerán los organismos de protección de derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano. Conocerán de quejas contra actos u omisiones de naturaleza administrativa. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. No serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.
1999	<ul style="list-style-type: none"> El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas establecerán los organismos de protección de derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano. La CNDH se convierte en un organismo creado por el Congreso de la Unión con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios. Su Consejo Consultivo, al igual que su titular, serán electos por el Senado. El organismo nacional deberá presentar anualmente su informe de actividades a los poderes de la Unión ante las Cámaras del Congreso. Para la selección de la persona titular, se requiere una amplia auscultación entre las organizaciones sociales representativas de los distintos sectores de la sociedad, así como entre promotores y defensores de derechos humanos (transitorios).
2006	<p>Se reconoce la competencia de los organismos de protección de derechos humanos para interponer acciones de inconstitucionalidad (art. 105, fracción II, inciso g).</p>
2011	<ul style="list-style-type: none"> A sus facultades se añade la competencia para conocer de asuntos laborales. Se establece la base común de la naturaleza jurídica de los organismos autónomos de todo el Sistema y se otorga un año para la conformación de todos los organismos con su legislación correspondiente. Se fija un procedimiento de consulta pública transparente para la elección de la persona titular de los organismos. Se le reconoce a la CNDH la facultad de investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos de oficio o a solicitud del Ejecutivo o de alguna de las Cámaras, algún gobernador o jefatura de gobierno del Distrito Federal o de las legislaturas de las entidades federativas. Se amplía la competencia de la CNDH para interponer acciones de inconstitucionalidad en contra de tratados internacionales que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.
2013	<p>Se incorpora la facultad de los órganos constitucionales autónomos para interponer controversias constitucionales entre ellos, y entre uno de estos y el Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales (art. 105, fracción I).</p>
2021	<p>Se cancela la facultad de los órganos constitucionales autónomos locales de interponer controversias constitucionales entre estos y un órgano constitucional autónomo, Poder Ejecutivo o Legislativo federales.</p>

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de las reformas a los artículos 102 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

clásica de división de poderes (tripartita) evolucionó a la atomización de funciones estratégicas del Estado a través de esos organismos autónomos con facultad, por tanto, de interponer recursos ante el máximo tribunal constitucional del país, la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Es importante enfatizar lo anterior, pues ayuda a comprender la influencia para llegar a la reforma de 2011 y su aportación para sostenerla y contribuir a la evolución de los derechos humanos en el país. Lamentablemente, esta facultad fue recientemente acotada en 2021 para limitar a los órganos autónomos locales como legitimados para controvertir, únicamente, invasiones de competencia y legislación emanada de poderes locales, con lo que se invisibiliza la efectiva invasión de competencias que puede llegar a materializarse entre un órgano constitucional autónomo y poderes federales y un órgano constitucional autónomo local.

III. LA CONTRIBUCIÓN DE LOS ORGANISMOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA REFORMA Y SU CONSECUENTE MATERIALIZACIÓN

Dicho recuento no es fortuito, pues tiene varias finalidades. La primera es reconocer que, desde su origen, se consideró un sistema de protección de derechos humanos descentralizado y dividido en competencias, que trabajara por atender los abusos de las autoridades que tuvieran por efecto lesionar la esfera jurídica de derechos de las personas y que tuviera autonomía para cumplir con efectividad su mandato de constituirse como una forma de limitar los excesos de las autoridades con un recurso no jurisdiccional, complementario al amparo como recurso jurisdiccional.

Este sistema debía ser ajeno, por tanto, a los procedimientos jurisdiccionales y a los recursos que este ofrecía desde su inicio, tales como el juicio de amparo. El reconocimiento de la autonomía de sus recomendaciones supuso que los OPDH fueran ideados como un elemento para la gobernanza en un contexto de creciente democracia en el país derivado de un periodo caracterizado por un fuerte presidencialismo, una falta de equilibrio entre los Poderes Judicial y Legislativo con respecto al Ejecutivo y un historial de fuertes represiones de este último y sus agentes en contra de la población.

Lo anterior nos lleva a un segundo aspecto a resaltar a partir del recuento cronológico de la evolución del Sistema. Me refiero a la dicotomía doctrinaria y práctica existente en ese momento entre las garantías individuales, los derechos fundamentales y los llamados derechos humanos, cada uno asociado a herramientas de garantía distintas, siendo las correspondientes a las dos primeras de

naturaleza jurisdiccional y las últimas de naturaleza no jurisdiccional hasta antes de la reforma de 2011.

En el marco del debate respecto a la positivación de los derechos humanos, que dejó de tener sentido a partir de la reforma de 2011, los OPDH iniciaron sus funciones recurriendo a la materia prima del derecho internacional de los derechos humanos como estándar de investigación, atención y emisión de sus instrumentos recomendatorios.

Es importante recordar que antes de la reforma la tradición constitucional se centraba en las garantías individuales, lo que dificultaba aproximarse a los compromisos adquiridos al ratificar instrumentos de derecho internacional. Con la reforma se dejó de lado la discusión respecto al lugar que ocupaban los contenidos de tratados internacionales en la jerarquía normativa nacional y se incorporó este bloque a la Constitución.

Los mecanismos de garantía del nuevo paradigma constitucional buscaron trascender lo jurisdiccional y sus lógicas. Mientras que antes las garantías individuales eran objeto únicamente de protección jurisdiccional, los derechos humanos son protegidos por mecanismos tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales, representando no solo una alternativa que mantiene la accesibilidad para las personas y la democratización de la información sobre su situación jurídica en relación con los hechos, sino que, en conjunto, ambos mecanismos conforman una sólida base de protección que es congruente con el propio cambio de paradigma. Por tanto, la experiencia y mandato constitucional previos de los organismos de protección de derechos humanos los posicionaron como instituciones que, de manera natural, contribuían tanto a la concreción de la reforma de 2011 como a su materialización y fortalecimiento posterior a lo largo de estos diez últimos años.

A partir de la inclusión de las obligaciones de garantía, respeto, promoción y protección de derechos humanos, así como de control de convencionalidad, que excede a la autoridad jurisdiccional y se extiende a la administración pública, los organismos de protección de derechos humanos brindan orientación jurídica, previenen la comisión de violaciones de derechos humanos, investigan aquellas que han sucedido, concilian entre las víctimas y las autoridades cuando es pertinente para llegar a efectivas reparaciones del daño —cuando esto no es posible, emiten recomendaciones y dan seguimiento a los puntos para la necesaria reparación integral— y trabajan por una educación en derechos humanos, entre muchas otras actividades que se realizan, desde su origen, con un enfoque diferencial de derechos humanos que ha progresado con el tiempo y se ha acompañado de un análisis interseccional incluido en sus instrumentos recomendatorios.

La tercera cuestión que merece la pena recalcar a partir del recuento cronológico de las modificaciones constitucionales que han moldeado el actual sistema no jurisdiccional de protección de derechos humanos es el ánimo de inclusión de la sociedad civil en la conformación misma de la perspectiva de los organismos de protección de derechos humanos, lo cual le imprime un componente de bisagra entre su innegable naturaleza de institución del Estado con una indudable vocación por las víctimas que privilegia su voz.

A la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos le siguió un trabajo legislativo considerable con el fin de armonizar su legislación y generar una nueva que correspondiera al estándar de obligaciones y derechos propios del nuevo bloque de constitucionalidad. Lo anterior sucedió a nivel federal, nacional y local. En este proceso, la experiencia de los organismos públicos de derechos humanos en relación con el estándar de los derechos humanos fue fundamental. En particular, el desarrollo de la legislación y la normativa vinculadas con la protección de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos y su correspondiente reparación integral requirió mucho de la experiencia previa y bagaje teórico aportado por el sistema no jurisdiccional de protección de derechos humanos.

Sumado a ello, para los organismos de protección de derechos humanos, la reforma de 2011 potenció su mandato constitucional. No solo por la afirmación de los derechos humanos de fuente convencional como derecho positivo nacional y las implicaciones de esto en términos de vinculatoriedad para las autoridades y de exigibilidad de derechos para la ciudadanía, sino también porque aquellos organismos cuya naturaleza jurídica no era la de autonomía constitucional la obtuvieron al cabo de un plazo posterior a la publicación de la reforma. A la par, como se había comentado, las comisiones comenzaron a atender asuntos relacionados con el derecho al trabajo como derecho humano, antes excluido de su competencia. Además, se avanzó en la atención orientada al enfoque diferencial etario, de género, entre otros, a partir de la especialidad de las áreas de defensa en función de grupos de atención prioritaria.

Temáticas nuevas en la agenda de derechos humanos también se han ido sumando a las agendas institucionales. Tal es el caso de los trabajos sobre empresas y derechos humanos que han cobrado relevancia a partir de la publicación de los Principios Rectores en 2011.¹ En ese sentido, un papel importante de los organismos de protección de derechos humanos ha sido no solo en la defensa de los casos, sino en la orientación jurídica con perspectiva de derechos humanos,

¹ ONU, "Principios rectores sobre empresas y derechos humanos", Nueva York-Ginebra, 2011.

género e interseccional, así como en las estrategias de promoción y difusión, que han incidido en la transformación de la cultura social, política y jurídica en el país, las cuales, a partir de 2011, cuentan con un respaldo constitucional.

Debe enfatizarse que el trabajo de los organismos de protección de derechos humanos en el país contó con un terreno más fértil y con bases más sólidas para provocar las modificaciones estructurales que eviten la comisión de violaciones de los derechos humanos de las personas. Lo anterior es así porque la base de diálogo, doctrina, interpretación y jurisprudencia está ahora alineada con el paradigma constitucional sin conflicto alguno. Es por eso que este Sistema puede desarrollar y fijar estándares respecto al derecho de las personas a ser buscadas, por ejemplo, así como motivar la reparación integral cuando este derecho ha sido violado, a partir de mecanismos administrativos concretos, o bien incidir en otros estándares desarrollados en sistemas regionales, como el de reparación del proyecto de vida, calificar la filtración de información en una investigación de feminicidio a la luz de los derechos de las víctimas, entre muchos otros, de una manera contundente.

En general, se puede afirmar que la reforma introdujo dinamismo a la defensa jurisdiccional de los derechos humanos y mayor solidez al sistema de los OPDH. Contribuyó sin duda al avance progresivo en la satisfacción y en los estándares de derechos humanos, lo cual resulta en la evolución de los derechos humanos en beneficio de las personas y colectivos. Con el tiempo, mujeres, pueblos indígenas, personas diversas sexualmente, niñas y niños, personas con discapacidad, han trabajado por el reconocimiento de sus derechos y el establecimiento de mecanismos para que estos puedan ejercerse en igualdad de condiciones. Para lograr este objetivo, el sistema no jurisdiccional de protección y defensa de los derechos humanos cuenta con más capacidad para trabajar guiado por un entendimiento común con otros órganos del Estado.

Ahora bien, se ha hablado de los elementos comunes entre los organismos que conforman el Sistema, aunque cada uno tiene diferencias. En el caso de la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, es relevante enmarcarlo en el contexto de la reforma política de la Ciudad de México. El 5 de febrero de 2017 fue publicada su primera Constitución política. Este texto, de la mayor jerarquía local, fue resultado de la reforma política a la CPEUM en 2016 que modificó el estatus del entonces Distrito Federal, hacia una entidad federativa con derechos plenos para sus habitantes y transeúntes. No solo fue el primer texto constitucional de esta entidad federativa, sino que es el único proceso constituyente en el país que sucedió después del establecimiento del nuevo paradigma de derechos humanos.

Congruente con el mandato de la Constitución Federal, la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México (CDHCM) está prevista en el artículo

48 del texto local como un órgano autónomo constitucional orientado a propiciar la mediación y los procesos de justicia restaurativa para prevenir violaciones de derechos humanos y a promover la proximidad territorial con la población para asegurar la cercanía de sus servicios, entre otras funciones tradicionales de defensa de los derechos humanos. Estas figuras permiten la evolución de los mecanismos de promoción de derechos humanos a la vez que se buscan nuevas formas de democratizar la justicia. Esto implica una labor fundamental para la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México por su labor orientadora y mediadora en la restitución inmediata de derechos.

Convencida de las posibilidades y relevancia de su mandato, la Comisión ha procurado la vinculación institucional con el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, así como con el Sistema Universal de Derechos Humanos, pues con ello se favorecen las estrategias locales de protección en doble vía. Por un lado, permitiendo el intercambio de información sobre la situación local en la materia, así como la retroalimentación sobre ella y el consecuente diseño de estrategias de defensa y garantía de derechos con más aliados. Por otro lado, como segundo aspecto, la apertura de información es un incentivo en sí mismo para la protección de derechos humanos y el equilibrio de poderes.

Para los OPDH, el apego a los Principios de París² es una muestra del compromiso y del lugar global que ocupan las instituciones de derechos humanos nacionales, subnacionales, entre otras, en el esquema actual de gobernanza democrática. A estos Principios los acompañaron la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de junio de 1993, y seguidos por varias resoluciones de la Asamblea General relativas a las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos, que reafirman el importante papel que desempeñan en la promoción y protección de los derechos humanos, en la participación y el Estado de derecho, así como en la mediación de cada *ombudsperson*.³ A estos Principios se suman los recientes Principios sobre la Protección y la Promoción de la Institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia),⁴ que no solo reafirman la importancia de la independencia fáctica y jurídica, sino que actualizan su labor y la relevancia de su participación como agentes del Estado para la construcción democrática.

² Adoptados en el seno de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en 1993.

³ Resoluciones 67/163 del 20 de diciembre de 2012 y 68/171 del 18 de diciembre de 2013.

⁴ Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), *Principios sobre la Protección y la Promoción de la institución del Defensor del Pueblo* ("Los Principios de Venecia"), Estrasburgo, 18 de marzo de 2019.

IV. APUESTAS Y RETOS PENDIENTES

Uno de los primeros retos es evitar cualquier retroceso jurídico o fáctico en la independencia de los OPDH. Un ejemplo reciente de regresividad normativa y fáctica lo constituyó la reforma de marzo de 2021 a diversas disposiciones del artículo 105 constitucional que eliminan la posibilidad de que los organismos autónomos locales presenten controversias o acciones de inconstitucionalidad contra poderes o legislación del orden federal. En un sistema constitucional en el que buena parte de los temas tocantes a violaciones graves de derechos humanos o de atención a grupos prioritarios están regidos por leyes generales que requieren de la coordinación de todos los niveles de gobierno, así como de la innegable interacción entre organismos autónomos con ámbitos de competencia espacial local y federal, parece una limitación desproporcionada eliminar la posibilidad de un OPDH a recurrir un asunto que, al concretarse, afectará el ámbito local de derechos (sistema penitenciario, víctimas, derecho a ser buscado, inclusión de personas con discapacidad, derechos de niñas, niños y adolescentes, salud, educación, entre otros). Más aún cuando, de resolverse, sería el más alto tribunal constitucional quien resolviera sobre un asunto de validez o invalidez constitucional, lo que tendría que ser de interés, con independencia de la competencia del organismo autónomo que haya presentado la controversia o recurso.

Un segundo ejemplo que puede comprometer la independencia fáctica de los OPDH lo constituye la disminución presupuestaria real y nominal. Si bien es cierto que los ajustes relativos a austeridad derivados de la legislación en la materia fueron necesarios para asegurar el apego de las instituciones del Estado a los principios democráticos, lo es también que el 57% de los OPDH vieron disminuido su presupuesto de 2020 a 2021 (24% tuvieron menos presupuesto nominal y 33% menos presupuesto real al mantener el mismo que el año anterior, pero con una tasa de inflación más alta). En términos del derecho a una buena administración pública, tendrían que analizarse en profundidad los rubros que se comprometen con un recorte presupuestario, para evitar afectaciones al cumplimiento sustantivo del mandato constitucional.

El segundo reto que se advierte es aumentar progresivamente la proporción de asuntos que los OPDH resuelven por mediación, conciliación, restitución inmediata de derechos, entre otros mecanismos, en relación con aquellos resueltos con la emisión de un instrumento recomendatorio. Esto es así puesto que, ante escenarios de creciente conflictividad social, es preciso ofrecer a las personas y colectivos o comunidades, alternativas para la satisfacción de sus derechos que sean accesibles, que eviten escalar el conflicto y que sean resolutivas y con miras a transformar una situación estructural que genera violaciones reiteradas de derechos humanos.

Finalmente, una cuestión asociada con la anterior, que representa un reto particular de los OPDH en México y la región es seguir afianzando la cultura de derechos humanos fijada por la reforma constitucional de 2011. Con lo anterior me refiero a la oportunidad de que el sistema no jurisdiccional de protección de derechos humanos en el país contribuya a alimentar una visión regional sobre la adaptabilidad de contenidos a contextos particulares que demandan las realidades nacionales y locales. En ello, los OPDH cuentan con una oportunidad sin igual, dada la cercanía con la población y los eventos que les afectan.

Ejemplo de lo anterior es el reto de proteger el derecho a la consulta y participación de los pueblos y barrios originarios y comunidades indígenas residentes, con las particularidades que cada grupo tiene en un medio hiperurbano como el de la Ciudad de México, o bien la protección del derecho a la vivienda para esos mismos grupos. Con este ejemplo se pretende dar cuenta de las particularidades y retos locales para atender situaciones generalizadas que se viven en el país o la región (como el derecho a la tierra y territorio de los pueblos indígenas), con especificidades locales. Lo anterior a partir de la convicción de que esto enriquece la propia doctrina e interpretación de los derechos humanos y la movilidad o evolución de su contenido a la luz de sus principios vigentes, además de generar un sistema de protección de derechos humanos más efectivo para la región a partir de la experiencia.

El sistema no jurisdiccional de protección de derechos humanos de México podría estar orientado a satisfacer el principio de “universalismo de llegada” y no el “universalismo de partida”, es decir, a asegurar la garantía de derechos con mecanismos que reconozcan la diversidad cultural y social para una “teoría intercultural de los derechos humanos”.⁵

Otorgar a los poderes públicos soluciones para la satisfacción de los derechos de estas comunidades con motivo de la ejecución de sus obligaciones, ya sea legislativas o las propias de la administración pública, es sin duda, un reto que todo OPDH en el país tendría que aportar.

Hagamos evolucionar al sistema de protección de derechos humanos con los recursos jurisdiccionales y no jurisdiccionales que la propia Constitución pone a disposición de las personas y manda a las instituciones. Avancemos progresivamente en el engranaje que, de manera efectiva, contribuya a mejorar la vida de las personas y proteger su esfera de derechos individuales y comunitarios. Pongamos a debate la reconfiguración de ese entramado, que no puede reducirse a ser

⁵ Wolkmer, Antonio Carlos, *Teoría crítica del derecho desde América Latina*, México, Akal, InterPares, 2017, p. 163.

depositado en uno solo de sus elementos, el jurisdiccional, que se enfrenta a los retos de garantizar un efectivo acceso a la justicia.

Frente a las posibilidades que brinda el robusto constitucionalismo mexicano, alineado desde 2011 con el contenido del derecho internacional de los derechos humanos, el desaprovechar todos los recursos para el respeto, garantía y protección de derechos humanos –jurisdiccionales y no jurisdiccionales– representaría una involución, por lo que es fundamental reconocer todos los mecanismos disponibles para la sociedad, en su complementariedad, y caminar en su reconfiguración sostenida para la efectiva evolución en la praxis de los derechos humanos en el país.

V. BIBLIOGRAFÍA

- COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA A TRAVÉS DEL DERECHO (Comisión de Venecia), *Principios sobre la Protección y la Promoción de la institución del Defensor del Pueblo* (“Los Principios de Venecia”), Estrasburgo, 18 de marzo de 2019. <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/04/Principios-de-Venecia-esp-versi%C3%B3n-29-03-19-1.pdf>
- CONGRESO DE LA UNIÓN, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm
- ONU, *Principios de París*, 1993.
- ONU, “Principios rectores sobre empresas y derechos humanos”, Nueva York-Ginebra, 2011. https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf
- ONU, Resolución 67/163 del 20 de diciembre de 2012.
- ONU, Resolución 68/171 del 18 de diciembre de 2013.
- WOLKMER, Antonio Carlos, *Teoría crítica del derecho desde América Latina*, México, Akal, InterPares, 2017.

7.

LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

LA DEUDA CON LAS VÍCTIMAS

Santiago Aguirre Espinosa*

RESUMEN

Este texto presenta un balance de los alcances de la reforma constitucional del 2011 frente a las violaciones de derechos humanos en México. A través de un examen de las adecuaciones e innovaciones institucionales relacionadas con los deberes de justicia, verdad y reparación consagrados en el texto constitucional por dicha reforma, procura identificar si el Estado ha avanzado en el cumplimiento de su obligación de garantizar la defensa de los derechos humanos en el país. El análisis, basado en decisiones legislativas, estadísticas y casos particulares de los últimos diez años, revela que, a pesar de que la reforma introdujo las obligaciones específicas de esclarecer prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos, los esfuerzos del Estado mexicano han sido insuficientes: las instituciones no han logrado que estos deberes se hagan efectivos en el territorio nacional, aún persiste una enorme deuda con las víctimas y no se ha logrado revertir la grave crisis de derechos humanos que se ha extendido durante la última década en México. Ante este panorama, se plantea la necesidad de reorganizar las estructuras del poder público desde una perspectiva realista, integral, progresiva y de largo plazo.

I. INTRODUCCIÓN

No es sencillo realizar un balance integral de lo que ha significado la reforma constitucional de 2011. Más difícil resulta hacerlo centrando la atención en los

* Director del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez A. C. direccion@centro-prodh.org.mx

derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos, como las y los coordinadores de esta oportuna obra han pedido hacerlo aquí al Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez A.C. (Centro Prodh).¹ La dificultad estriba, entre otros factores, en que los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de esa anhelada y relevante reforma han estado, en México, marcados por la violencia y las violaciones de derechos humanos. No puede obviarse que, solo unos años después de la modificación constitucional, instancias como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dejaron claro que México entró en una “crisis de graves violaciones a derechos humanos”² caracterizada por una impunidad de “naturaleza estructural y sistémica”.³ Es decir, no es que en México se incrementó la violencia; es que el país entró en una crisis inédita.

Incorporar ese dato de realidad en el balance de la primera década de las reformas es ineludible para el Centro Prodh. No solo por la fidelidad que procuramos preservar respecto de lo que día a día experimentan las personas a quienes acompañamos y representamos, sino también por la tradición a la que nos afiliamos como organización en el campo de los derechos humanos. Una tradición nutrida por el pensamiento de Ignacio Ellacuría, quien recordó siempre la necesidad de *historizar*⁴ las reflexiones sobre los derechos humanos; en pocas palabras, de nunca perder de vista el contexto.

Desde ese lugar, este artículo ensaya un balance de lo que la reforma ha significado frente a las violaciones de derechos humanos —especialmente, de las más graves—, considerando que con motivo de la reforma se incorporaron a la Constitución los deberes específicos de investigar, sancionar y reparar dichas violaciones. Al acometer dicha tarea, este artículo buscará hacer un abordaje amplio, que no revisa los desarrollos que sobre tales deberes se han efectuado en el ámbito de la interpretación constitucional, sino que, sobre todo, intenta identificar si después de 2011 se han llevado a cabo las adecuaciones e innovaciones institucionales que permitirían avanzar hacia un mejor cumplimiento de estos deberes. Este punto de vista asume, en consonancia con la formulación clásica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que corresponde a las autoridades

¹ Organización civil fundada en 1988 por la Provincia Mexicana de la Compañía de Jesús (Jesuitas), que desde 1988 se dedica a la defensa y promoción de los derechos humanos en México. En su página web (www.centroprodh.org.mx) pueden consultarse los materiales citados en este texto.

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Situación de derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 7. Dada la trascendencia de este informe más adelante retomaremos algunos de sus contenidos, así como algunas de las observaciones formuladas por la propia CIDH en el marco de su seguimiento.

³ *Ibidem*, párr. 66.

⁴ Ellacuría, Ignacio, *La lucha por la justicia. Selección de textos de Ignacio Ellacuría (1969-1989)*, País Vasco, Deusto, 2012.

“organizar el aparato de Estado y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se ejerce el poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁵

II. LOS DEBERES DE JUSTICIA, VERDAD Y REPARACIÓN

EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

Como es sabido, por causa de la reforma de 2011, la segunda porción del párrafo tercero del artículo 1o. constitucional dispone: “el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos”. Sobre esta adición, Serrano y Vázquez señalan que se trata de la incorporación de “deberes” que “entran en acción” cuando acontece una violación de las obligaciones generales de protección y garantía.⁶ Salazar refiere que más bien se trata de “obligaciones específicas”⁷ que surgen de la más amplia obligación general de garantía. Sea que se les entienda como deberes o bien como obligaciones específicas, de lo que no hay duda es de que la incorporación de cada uno de estos conceptos jurídicos en el texto constitucional introdujo en nuestra máxima norma nociones con contenidos muy precisos, desarrollados en el derecho internacional de los derechos humanos.

Dejando de lado lo referente a la prevención, dado que por indicación de las y los coordinadores de esta obra este texto se concentra en las implicaciones de la reforma frente a violaciones de los derechos humanos y, por tanto, se ocupa de lo que sucede cuando el deber de prevención no ha sido bastante para impedir que dichas violaciones ocurran, enseguida nos centraremos en las obligaciones específicas de investigar, sancionar y reparar. Para ello, sostenemos aquí que al incluirse estos conceptos en la norma suprema quedó constitucionalizada en México la triada clásica de justicia, verdad y reparaciones,⁸ tal y como se ha desarrollado y

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 166.

⁶ Serrano, Sandra y Vázquez, Luis Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Flacso, 2013, p. 90 y ss.

⁷ Salazar, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2014, p. 119.

⁸ Estrictamente, la Constitución en su texto alude a los deberes de “prevenir, investigar, sancionar y reparar”, por lo que podría cuestionarse si el componente de acceso a la verdad está presente en esta formulación. Aquí argumentaremos que la obligación de investigar y sancionar puede desagregarse en justicia y verdad, pues, como ha señalado la Corte IDH, el esclarecimiento de las violaciones de derechos humanos no se agota en los procedimientos judiciales: “Para garantizar el derecho de acceso a la justicia, en un caso de ejecución extrajudicial en que la vía penal tiene un rol principal, otros mecanismos, procedimientos o modalidades utilizadas en el derecho interno pueden resultar útiles o eficaces como complemento para establecer la

comprendido en el derecho internacional de los derechos humanos⁹ para hacer frente a la impunidad en casos de violaciones graves de derechos humanos.

La historia legislativa de la reforma constitucional de 2011 permite asumir esta posición. La minuta aprobada por la Cámara de Diputados el 23 de abril de 2009, al referirse a lo deberes de “investigar” y “sancionar” señaló que ambos, conjuntamente, eran “el elemento central para combatir el fenómeno de la impunidad”.¹⁰ Y la Cámara de Senadores, al añadir la obligación específica de “reparar”, lo hizo invocando los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”¹¹ (en adelante, Principios), a los que calificó como “referentes sustantivos para ampliar la protección de derechos”.¹² Esta referencia no es menor, como lo ha hecho notar la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).¹³

Así, encuentra justificación acudir a ellos para entender a cabalidad el rico contenido de los conceptos incorporados al párrafo tercero del artículo 1o. constitucional. En este sentido, los Principios incluyen referencias amplias e integrales sobre el acceso a la justicia (numeral VIII),¹⁴ a la verdad (nume-

verdad”. Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, No. 213, párr. 130.

⁹ A esta triada clásica se le añade en el presente el deber de desarrollar “garantías de no repetición”. Por el alcance y las particularidades de esa dimensión, no nos referiremos aquí a la misma.

¹⁰ Cfr. Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos con proyecto de decreto que modifica la denominación del Capítulo I y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aprobado en Sesión Ordinaria de la Cámara de Diputados el 23 de abril de 2009.

¹¹ Aprobados mediante Resolución 60/147 por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005.

¹² Cfr. Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto de la Minuta con Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos; 7 de abril de 2010.

¹³ Véase, por ejemplo, Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Primera Sala, Tesis Aislada 1a. CCCXXXVII/2018 (10a.), “Reparación integral del daño por violaciones a derechos humanos. Origen de su incorporación al texto constitucional en la reforma de 10 de junio de 2011”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 400, Registro 2018805.

¹⁴ El Principio VIII señala, entre otras cosas: “VIII. Acceso a la justicia. 12. La víctima de una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o de una violación grave del derecho internacional humanitario tendrá un acceso igual a un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el derecho internacional. Otros recursos de que dispone la víctima son el acceso a órganos administrativos y de otra índole, así como a mecanismos, modalidades y procedimientos utilizados conforme al derecho interno. Las obligaciones resultantes del derecho internacional para asegurar el derecho al acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial deberán reflejarse en el derecho interno”.

ral X)¹⁵ y a las reparaciones (numeral IX),¹⁶ en los términos que en este texto desarrollamos.

Entender que ha sido constitucionalizada la triada justicia, verdad y reparaciones, entrelazando la comprensión de estos deberes, permite y potencia una lectura del texto constitucional como la que demanda la situación actual de nuestro país, calificada como crítica por la CIDH, según ya se ha visto; situación que, cabe decir, no se presentaba en toda su crudeza cuando la reforma de 2011 fue aprobada. Este entendimiento es posible si se considera, también, que el ordenamiento jurídico mexicano asigna ya en la ley secundaria, en correlación con derechos de las víctimas, significados muy específicos a estos deberes, como se verá más adelante.

Asumido este punto de partida, enseguida haremos un breve recuento de las adecuaciones o innovaciones institucionales adoptadas a partir de la entrada en vigor de la reforma de 2011 que guardan relación con la justicia, la verdad y las reparaciones; es decir, analizaremos someramente si el Estado mexicano, con la reforma constitucional, ha empezado a reorganizar las estructuras a través de las cuales se ejerce el poder público, con miras a que esos deberes se cumplan en la realidad y no sean solo una promesa constitucional incumplida.

III. JUSTICIA

Sobre el deber estatal de justicia ante violaciones de derechos humanos, la Corte IDH ha señalado que toda persona que ha sufrido alguna violación de sus derechos

¹⁵ El Principio X señala, entre otras cuestiones: "24. Los Estados han de arbitrar medios de informar al público en general, y en particular a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario [...]. Además, las víctimas y sus representantes han de tener derecho a solicitar y obtener información sobre las causas de su victimización y sobre las causas y condiciones de las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, así como a conocer la verdad acerca de esas violaciones".

¹⁶ El Principio IX señala, entre otros aspectos: "15. Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. [...] 18. Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición".

humanos tiene derecho a “obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”. Así, toda persona que se considere víctima de violaciones de sus derechos tiene el “derecho de acceder a la justicia para conseguir que se cumpla, en su beneficio y en el del conjunto de la sociedad, ese deber del Estado”.¹⁷

En México actualmente contamos con una definición legal respecto del derecho que activa este deber. La Ley General de Víctimas señala que estas tendrán derecho “a una investigación pronta y eficaz que lleve, en su caso, a la identificación y enjuiciamiento de los responsables de violaciones al derecho internacional de los derechos humanos”.¹⁸

Si quisiéramos hacer un balance sobre las medidas institucionales adoptadas para cumplir con este deber constitucional, tendríamos sin duda que mirar hacia lo que ha ocurrido en los últimos años en el ámbito de la procuración de justicia, pues es ahí donde están los mayores obstáculos para las víctimas.¹⁹

Las propias sentencias dictadas por la Corte IDH contra México ofrecen un ilustrativo muestrario. Las resoluciones interamericanas de los casos “Rosendo Radilla Pacheco”,²⁰ “Campo Algodonero”,²¹ “Inés Fernández Ortega”,²² “Valentina Rosendo Cantú”,²³ “Alvarado Espinoza”,²⁴ “Campesinos Ecológicos”²⁵

¹⁷ Corte IDH, Caso Villaseñor Velarde y otros vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2019, Serie C, No. 374, párr. 110.

¹⁸ Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, Ley General de Víctimas, *Diario Oficial de la Federación*, 9 de enero de 2013, art. 7, fr. 1.

¹⁹ Vale la pena recalcar, contra cierta percepción instalada en la opinión pública, que el nudo de impunidad más tenaz en México es la procuración y no la administración de justicia; los fiscales y no los jueces. De cualquier manera, subsisten también retos en la garantía plena de los derechos humanos por los poderes judiciales, incluso respecto de la correcta aplicación de la reforma constitucional de 2011. Véase, al respecto, Centro Prodh, Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia (IMDHD) y Universidad Iberoamericana, *Del papel a la práctica: la aplicación de las reformas constitucionales en el sistema de justicia 2011-2016. Monitoreo de la aplicación de las reformas en materia de derechos humanos, penal y amparo*, México, 2017.

²⁰ Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, No. 209.

²¹ Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, No. 205.

²² Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215.

²³ Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, No. 216.

²⁴ Corte IDH, Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Serie C, No. 370.

²⁵ Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, No. 220.

y “Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco”²⁶ tienen en común que en todas ellas el tribunal interamericano encontró violaciones de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), por acciones y omisiones atribuibles a las procuradurías que tuvieron a su cargo la investigación de las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de dichas víctimas, debido a lo cual comprometieron la responsabilidad internacional del Estado mexicano.

Es innegable que el principal factor de impunidad está en las procuradurías. Nadie lo ha explicado con tanta claridad como Ana Laura Magaloni: en México la procuración de justicia ha sido una manera de ejercer el poder.²⁷ En efecto, la subordinación de las procuradurías a los presidentes y gobernadores en turno ha permitido administrar selectivamente el castigo penal para cuidar los intereses de los gobernantes y no principalmente los de la sociedad. Esa historia, que entre otras consecuencias no incentivó el desarrollo de capacidades de investigación científica multidisciplinaria o de una política criminal racional y auditable, llevó a que las instituciones de justicia colapsaran cuando aumentaron tanto la pluralidad como los índices delictivos.²⁸ Como señala la CIDH:

... el gran desafío del Estado mexicano radica en romper el ciclo de impunidad imperante con los mecanismos que ha creado en los últimos años a fin de lograr una efectiva prevención, investigación, procesamiento y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos, y lograr que los avances normativos generen cambios reales en la vida cotidiana de las personas en México.²⁹

Ante esta realidad, la inclusión en 2011 del deber constitucional de garantizar investigación y sanción de violaciones de derechos humanos debería haber impulsado la renovación y el fortalecimiento de las instituciones de procuración de justicia.

Como es sabido, en el contexto de la transformación que abrió la reforma penal de 2008,³⁰ la más relevante innovación institucional en los últimos años ha sido el tránsito de las procuradurías a las fiscalías. Lo que se buscaba con este cambio no era una mera modificación del nombre de las instancias encargadas

²⁶ Corte IDH, Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Serie C, No. 371.

²⁷ Magaloni, Ana Laura, “Impunidad. De la procuraduría presidencial a la fiscalía autónoma”, en Aguilar Camín, Héctor *et al.*, *¿Y ahora qué? México ante 2018*, México, UdeG, Nexos, 2018.

²⁸ Magaloni, Ana Laura y Heredia, Blanca, “Olvidemos Dinamarca, volvamos a México”, *Nexos*, agosto de 2018.

²⁹ CIDH, *Situación de los Derechos Humanos en México*, *cit.*, párr. 538.

³⁰ Esta fue una reforma que vale la pena destacar, pues contribuyó al trabajo realizado en años precedentes por las organizaciones civiles de derechos humanos, entre otros actores. Destacamos, en ese sentido, el precursor informe elaborado por el Centro Prodh y The Lawyers Committee for Human Rights, *Injusticia legalizada. Procedimiento penal y derechos humanos*, México, 2001.

de investigar los delitos. Como apunta Magaloni, el objetivo era lograr fiscalías que estuvieran, por primera vez, al servicio de las personas y no del poder; con autonomía, con capacidad de formular una política criminal explícita y con herramientas para investigar fenómenos criminales complejos mediante técnicas y procedimientos propio del siglo XXI.³¹ Ese objetivo no ha sido alcanzado. Salvo algunas contadas excepciones, las fiscalías no han desarrollado métodos de investigación criminal acordes con los retos del presente.³² Adicionalmente, apenas en este 2021, se aprobó una nueva Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República que acota algunos de los avances que con muchos esfuerzos se habían obtenido.³³

En el trabajo que realiza el Centro Prodh, constatamos cotidianamente cómo para las víctimas la búsqueda de justicia sigue siendo tortuosa y cómo en casos de violaciones de derechos humanos suele prevalecer la impunidad. Los casos en que se alcanzan sentencias condenatorias contra los perpetradores son los menos y solo se llega a ese punto después de procesos sumamente largos y desgastantes. Pese a contar con sentencias interamericanas en casos emblemáticos sobre la práctica de la tortura, como “Campesinos ecologistas” o “Atenco” los responsables continúan sin ser investigados, identificados, procesados y sancionados. Con todo, el empuje de las víctimas y de las organizaciones que las acompañamos no deja de generar iniciativas para doblegar la impunidad: en el caso “Tlatlaya”, paradigmático del uso desproporcionado de la fuerza letal, después de años de litigio recientemente fueron detenidos de nueva cuenta presuntos responsables por orden de tribunales federales superiores.³⁴

IV. VERDAD

En cuanto al derecho a la verdad, la Corte IDH ha considerado que:

... toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Si bien el derecho a conocer la verdad se ha enmarcado fundamentalmente en el derecho de acceso a la justicia, lo cierto es que este derecho a la verdad

³¹ Magaloni, “Impunidad”, *cit.*

³² Véanse, del Centro Prodh, *Revertir la impunidad. Diagnóstico y propuestas a partir del trabajo del Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI) y del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez*, México, 2017; y *Patrones de impunidad. Deficiencias en la investigación de violaciones a derechos humanos y alternativas en el poder judicial*, México, 2019.

³³ Centro Prodh, “Justicia en retroceso”, *Animal Político*, 29 de abril de 2021.

³⁴ Sobre el caso “Tlatlaya” puede consultarse: Centro Prodh, *A un año de Tlatlaya: la orden fue abatir*, México, 2015.

tiene autonomía, ya que aquel tiene una naturaleza amplia y su vulneración puede afectar distintos derechos contenidos en la Convención Americana, dependiendo del contexto y circunstancias particulares del caso. Por otra parte, la Corte ha advertido la relevancia del derecho a la verdad respecto de las desapariciones forzadas. Además, si bien se ha advertido que el derecho a la verdad implica el derecho de los familiares de la víctima a conocer el destino de esta, el derecho también abarca otros aspectos, en tanto que se relaciona, de modo general, con el derecho de tales familiares de que el Estado realice las acciones conducentes tendientes a lograr “el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes”.³⁵

La Ley General de Víctimas provee también una definición útil sobre este particular, pues señala que ellas tienen “el derecho imprescriptible a conocer la verdad y a recibir información específica sobre las violaciones de derechos o los delitos que las afectaron directamente, incluidas las circunstancias en que ocurrieron los hechos y, en los casos de personas desaparecidas, ausentes, no localizadas, extraviadas o fallecidas, a conocer su destino o paradero o el de sus restos”.³⁶

Antes de la reforma constitucional, los intentos del Estado mexicano por abordar la garantía del derecho a la verdad fracasaron, específicamente en lo tocante a la revisión del período conocido como “Guerra Sucia”.³⁷ Después de la modificación de 2011, no se han verificado esfuerzos importantes respecto del esclarecimiento de otras violaciones graves de derechos humanos en una lógica similar, aun cuando el trabajo que realizó en México el Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes designados por la CIDH para intervenir en el caso Ayotzinapa mostró la relevancia de ejercicios de esa índole.³⁸

³⁵ Corte IDH, Caso Omeara Carrascal y otros vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2018, Serie C, No. 368, párr. 256.

³⁶ Ley General de Víctimas, art. 19.

³⁷ Un resumen de este fracaso, desde la óptica de un mecanismo internacional de protección de los derechos humanos, puede encontrarse en el Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, tras su visita a México en 2011. Ahí, el Grupo de Trabajo señaló que la Fiscalía creada para ello “elaboró un borrador de informe titulado ‘Para que no vuelva a suceder’. En febrero de 2006, una versión preliminar del mismo fue publicada por diversos medios nacionales e internacionales. Este borrador estableció la responsabilidad estatal en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos durante la Guerra Sucia. En noviembre de 2006, la FEMOSPP [Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado] hizo público su informe final, el cual limitaba algunas de las conclusiones hechas en el borrador. La versión final nunca recibió la aprobación de la PGR y, en la actualidad, no está disponible en ningún sitio oficial de Internet. La PGR indicó que este informe podría obtenerse mediante una solicitud de acceso a la información pública”. Asamblea General, Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Misión a México”, A/HRC/19/58/Add.2, 20 de diciembre de 2011.

³⁸ Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI), *Informe Ayotzinapa. Investigación y primeras conclusiones de las desapariciones y homicidios de los normalistas de Ayotzinapa*, México, 2016; e *Informe Ayotzinapa II. Avances y nuevas conclusiones sobre la investigación, búsqueda y atención a las víctimas*, México, 2016.

Para aludir a alguna innovación emprendida por el Estado mexicano en este renglón, habría que mirar hacia el Sistema Nacional de Búsqueda (SNB) de personas creado por virtud de la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda, aprobada en 2017. Desde luego, es claro que el acceso a la verdad comprende mucho más que la búsqueda de las personas desaparecidas y es evidente también que este Sistema y sus instituciones tienen atribuciones que no se limitan solo a la garantía del derecho a la verdad; no obstante, la propia ley referida alude a este derecho de forma explícita³⁹ y es dable, por tanto, analizar su instrumentación desde esta perspectiva.

El reto que enfrenta este Sistema es mayúsculo. Conforme a las más recientes cifras oficiales, el número de desaparecidos y desaparecidas en México podría ascender a más de 80,000 personas.⁴⁰ Además, el rezago forense lo conforman al menos 37,000 cuerpos y decenas de miles de restos óseos sin identificar.⁴¹ Adicionalmente, el fenómeno no se ha erradicado: se reportaron 9,230 desapariciones en 2019; 8,345 en 2020; y 1,947 al 7 de mayo de 2021.⁴²

Los números son brutales, pero, dado que su continua repetición parece llevar a la indiferencia, es preciso siempre recordar que detrás de cada una de estas personas hay familias y comunidades enteras que han quedado rotas por la violencia. Como ha escrito recientemente Claudio Lomnitz:

... todavía no alcanzamos a asimilar lo que significa desaparecer a alguien, ni lo que implica vivir en un país en que casi no hay un pueblo o ciudad en que no haya desaparecidos. Desde el punto de vista de familiares y amigos, una desaparición significa que no se pueda pasar un duelo y, sin el duelo, deja de haber una línea clara entre la vida y la muerte. Por eso los familiares de un desaparecido no pueden regresar nunca a una vida “normal”. Parecen vivir en una emergencia perpetua, donde, por otra parte, no pasa tampoco nada. Sin reunión con el desaparecido, no hay duelo posible. Y sin duelo, la vida deja de ser vida.⁴³

³⁹ Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, artículos 5, fracciones II y XIII, y 15 y 137.

⁴⁰ Puede consultarse el Registro Nacional de Personas Desaparecidas y no Localizadas en la página web de la Comisión Nacional de Búsqueda (CNB) (<https://versionpublicarnpdno.segob.gob.mx/>).

⁴¹ *Cfr.* La versión estenográfica de la Conferencia de Prensa del Presidente de la República del 7 de octubre de 2020 está disponible en el apartado correspondiente del sitio web del Gobierno de México (<https://www.gob.mx/>).

⁴² Cifras obtenidas de la versión pública del Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas, *web cit.*

⁴³ Lomnitz, Claudio, “México: el tejido roto”, *Nexos*, abril de 2021.

En este contexto, la reforma constitucional de 2011 tendría que haber sido el piso normativo para construir una institucionalidad robusta, capaz de enfrentar esta crisis de desapariciones. Pero, al día de hoy, la puesta en marcha del Sistema Nacional de Búsqueda continúa y aún no termina de consolidarse. Un buen balance sobre estos esfuerzos puede encontrarse en la reciente evaluación que la CIDH efectuó. Entre otras cosas, el órgano interamericano señala:

... el Estado ha adoptado medidas tendientes a la implementación de la Ley General, particularmente con relación a la instalación del SNB, así como con la creación y puesta en marcha de herramientas de búsqueda. Esto último se ha visto reflejado en el establecimiento total de las Comisiones Locales de Búsqueda, así como con la adopción del Protocolo Homologado de Búsqueda y la puesta en funcionamiento de la versión pública del Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas con las atenciones planteadas anteriormente. No obstante [...] aún existen algunas deficiencias con la instalación de las Fiscalías Especializadas en las entidades federativas, así como con la creación de las herramientas a cargo de la FGR [Fiscalía General de la República]. En este escenario, la CIDH advierte que [en] la adopción del Programa Nacional de Exhumaciones e Identificación y el Programa Nacional de Búsqueda, así como la instalación de los Consejos Ciudadanos Locales y los Grupos de Búsqueda, se observan nullos o escasos avances. La misma conclusión es de advertir respecto de las herramientas en materia de gestión de la información como quedó detallado anteriormente, con especial énfasis en el Banco Nacional de Datos Forenses y el Registro Nacional de Personas Fallecidas y No Reclamadas.⁴⁴

Como puede concluirse siguiendo a la CIDH, aún no contamos con una verdadera política de Estado para hacer frente a esta grave crisis que, entre otros muchos daños, afecta gravemente el derecho a la verdad de miles de familias en México.

Para las víctimas el acceso a la verdad sigue siendo en extremo dificultoso. El surgimiento de colectivos conformados por familiares de personas desaparecidas en prácticamente toda la república da cuenta de ello. Organizaciones civiles como el Centro Prodh acompañamos y documentamos esta dolorosa realidad, por ejemplo visibilizando el ejercicio de autotutela del derecho a buscar que se ven orilladas a realizar las mujeres que integran los colectivos de madres que salen a campo a buscar a sus desaparecidos⁴⁵ o brindando representación jurídica ante instancias nacionales e internacionales de derechos humanos a familiares

⁴⁴ CIDH, "Capítulo V. Quinto informe de seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en el informe sobre la situación de los derechos humanos en México", en *Informe Anual 2020*, OEA, 2020, párr. 72.

⁴⁵ Centro Prodh, *Nos llaman las locas de las palas. El papel de las mujeres en la búsqueda de sus familiares desaparecidos*, México, 2020.

de personas desaparecidas que luchan por la verdad, como hemos hecho con los familiares de los 43 estudiantes desaparecidos de Ayotzinapa.⁴⁶ En este ámbito, cada avance cuesta un enorme esfuerzo, y aunque las promesas constitucionales parecen evanescentes, las víctimas siguen empujando en su búsqueda de verdad.

V. REPARACIONES

Sobre el deber de reparar, la Corte IDH estableció que:

... toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado. Además, este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por tanto, la Corte deberá analizar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho.⁴⁷

La Ley General de Víctimas señala que las víctimas tienen derecho “a ser reparadas por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño o menoscabo que han sufrido en sus derechos como consecuencia de violaciones a derechos humanos y por los daños que esas violaciones les causaron”.⁴⁸ En este renglón, la principal innovación institucional desde 2011 ha sido sin duda la aprobación de la Ley General de Víctimas y con ello la creación de un Sistema Nacional de Atención a Víctimas, de una Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas en el plano federal, así como de comisiones victimales en cada una de las entidades.

Aquí también, el proceso ha sido accidentado y el desarrollo de instituciones especializadas en la atención victimal no ha sido lineal. La consolidación de este modelo sigue presentando retos. La CIDH ha dado cuenta de ellos. En su informe de 2015, el órgano interamericano se refirió a “la falta de coordinación entre las instituciones que conforman el Sistema Nacional de Atención a Víctimas (SNAV), así como entre las agencias estatales y federales de atención a víctimas”.⁴⁹

⁴⁶ Patrón, Mario *et al.*, “Un ejercicio novedoso de supervisión internacional. El caso Ayotzinapa y la experiencia del Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI)”, *Revista Sur*, núm. 25, julio de 2017.

⁴⁷ Corte IDH, *Caso Spoltore vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 9 de junio de 2020, Serie C, No. 404, párr. 106.

⁴⁸ Ley General de Víctimas, art. 7, fr. II.

⁴⁹ CIDH, *Situación de los Derechos Humanos en México*, *cit.* párr. 525.

Y, en el más reciente, la CIDH señaló que aún no hay comisiones de atención a víctimas en todas las entidades, al tiempo que expresó “su preocupación en relación con el financiamiento de la CEAV [Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas] y el aseguramiento de sus recursos para el cumplimiento de sus funciones, en el marco de la eliminación de la modalidad de ejecución de gasto a través de fideicomisos, sin que aún resulte claro el modo de financiamiento de la CEAV”.⁵⁰

Vale la pena ahondar en esta última cuestión que destaca la CIDH. Apenas en 2020 fue eliminada mediante reforma legislativa la norma de la Ley General de Víctimas que ordenaba destinar un monto mínimo presupuestal anual para la ejecución de las políticas de atención victimal mediante el instrumento fideicomisario denominado Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral (Faari).⁵¹ Esta reforma, por cierto, ha sido impugnada vía amparo por diversas víctimas y organizaciones civiles, como el Centro Prodh, por contravenir el principio de progresividad previsto en el artículo 1o. constitucional, y se encuentra al día de hoy pendiente de ser revisada por el Poder Judicial de la Federación.

Desde el Centro Prodh, habiendo constatado en innumerables situaciones concretas las dificultades que enfrentan las víctimas para acceder a una reparación integral, no hemos dejado de explorar creativamente el marco legal que introdujo la reforma. Por ejemplo, en un caso emblemático de uso desviado del sistema de justicia, como fue el encarcelamiento injusto de las mujeres indígenas hñähñu (otomíes) Jacinta Francisco Marcial, Teresa González Cornelio y Alberta Alcántara Juan, el uso de ese entramado normativo permitió un inédito acto de disculpas públicas y reconocimiento de responsabilidad a cargo de la entonces Procuraduría General de la República (PGR), de profundo contenido restaurador para las víctimas.⁵²

* * *

En suma, aunque en 2011 la Constitución fue modificada para incorporar de forma explícita los deberes de investigación, sanción y reparación, las instituciones que han surgido desde entonces no han sido bastantes ni suficientes para que esos

⁵⁰ CIDH, *Informe Anual 2020*, cit., cap. V, “México”, párr. 143.

⁵¹ Sobre este fondo el artículo 132, fracción I, de la Ley General de Víctimas disponía antes de la reforma: “El Fondo se conformará con: I. Recursos previstos expresamente para dicho fin en el Presupuesto de Egresos de la Federación en el rubro correspondiente, sin que pueda disponerse de dichos recursos para un fin diverso, y sin que pueda ser disminuido. La aportación al Fondo se realizará siempre y cuando el patrimonio total del mismo sea inferior al 0.014% del gasto programable del Presupuesto de Egresos de la Federación del año inmediato anterior”. Precisamente, esta fracción fue abrogada de la referida ley.

⁵² Puede consultarse en Miguel Agustín Pro Juárez, “Acto de reconocimiento de Inocencia y Disculpa pública a Jacinta, Alberta y Teresa”, 21 de febrero de 2017, Canal YouTube.

deberes empiecen a tener efectividad. La institucionalidad que ha surgido desde la reforma de 2011 no ha logrado revertir una crisis de derechos humanos que se ha extendido ya por más de una década. Esta innegable situación ha llevado incluso a algunas voces a postular que el país requiere mecanismos extraordinarios para garantizar justicia, verdad y reparaciones.⁵³ No es este el espacio para discutir la factibilidad de esas propuestas en un contexto como el nuestro, pero el solo hecho de que se formulen da cuenta de cómo la promesa constitucional dista de estar siendo cumplida.

La reforma de 2011 no ha saldado la inmensa deuda del Estado con las víctimas, pues existe una distancia inmensa entre los deberes que la Constitución impone al Estado y la realidad que enfrentan quienes ven vulnerados sus derechos, sobre todo las y los más pobres o marginados. Lleva razón la CIDH cuando señala: “el reto del Estado mexicano es cerrar la brecha existente entre su marco normativo y su reconocimiento a los derechos humanos con la realidad que experimentan un gran número de habitantes cuando buscan una justicia pronta y efectiva”.⁵⁴

A tal estado de cosas, en ocasiones, ha contribuido el propio quehacer legislativo. Como señalan Heredia y Magaloni:

... lo único que nos ha quedado es legislar a tambor batiente. Frente a todo gran problema nacional, una gran reforma constitucional. [...] Frente a la grave crisis de derechos humanos, una ley con estándares internacionales en materia de desaparición forzada, tortura y procesos penales. [...] La tragedia es que después de tan amplia labor legislativa, en la que participaron cada vez más voces y más grupos, más diagnósticos y más debates y en la que cada una de esas piezas legislativas ha generado grandes expectativas sociales, nos encontramos con que México no logra cambiar en la dirección correcta.⁵⁵

VI. CONCLUSIÓN

A pesar de que la reforma constitucional de 2011 introdujo en nuestra más alta norma las obligaciones específicas de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos, las innovaciones institucionales que ha ensayado el Estado mexicano han sido insuficientes para asegurar efectivamente justicia, verdad y reparaciones a las víctimas de tales violaciones. Ante este panorama

⁵³ Véase, por todos, CIDE-CNDH, *Estudio para elaborar una propuesta de política pública en materia de Justicia Transicional en México*, CNDH México, 2018.

⁵⁴ CIDH, “Quinto informe de seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en el informe sobre la situación de los derechos humanos en México”, en *Informe Anual 2020*, cit., cap. V, conclusión 3.

⁵⁵ Magaloni y Heredia, *op. cit.*

innegable, el balance de la primera década de la reforma constitucional fácilmente puede decantarse hacia posiciones extremas: de un lado, simplemente ignorar los datos de la realidad para insistir en que el cambio constitucional de 2011 ha posibilitado el reconocimiento de más derechos y nuevas interpretaciones judiciales; de otro, concluir que las modificaciones constitucionales han sido por entero irrelevantes para avanzar hacia la justicia, la verdad y las reparaciones.

Para terminar este texto sin caer en el optimismo ingenuo de pensar que modificar el derecho es cambiar la realidad, pero tampoco en el pesimismo cínico de considerar que las reformas legales de derechos humanos son solo simulación, es vital recordar que la posibilidad de reorganizar las estructuras del poder público para que cumplan efectivamente con los deberes de justicia, verdad y reparaciones no pasa por minimizar la trascendencia de la reforma, sino, en realidad, por asumir a cabalidad sus promesas, de modo que los conceptos y valores que esta introdujo contribuyan a redirigir o, incluso, a construir las instituciones que necesitamos.

Esta operación exigirá perseverancia, con fuertes dosis de realismo y aceptación de la gradualidad. La magnitud de la crisis que enfrentamos en México es tal que solo se revertirá en procesos de largo plazo donde concurran múltiples actores –autoridades, sociedad civil, academia, víctimas: la crisis es tal que ningún sector podría enfrentarla por sí solo–, pues, como ha advertido Kathryn Sikkink, “el cambio que se promueve en los derechos humanos viene poco a poco y sólo como resultado de luchas concertadas”.⁵⁶

También exigirá preservar algo de esperanza. Ayuda a este propósito no dejar de tener presente el uso que de los derechos humanos han hecho en México diversos sujetos sociales desde 2011.⁵⁷ Tener presente esta dimensión, que excede siempre al análisis estrictamente jurídico, es fundamental para hacer el balance de

⁵⁶ Sikkink, Kathryn, *Razones para la esperanza*, Buenos Aires, Siglo XXI, De Justicia, 2017, p. 318.

⁵⁷ Seguimos aquí el sugerente desarrollo de Nelson Arteaga: “los derechos humanos se transforman [...] en referentes de construcción de relaciones sociales e institucionales, dando pie a que se constituyan como un mecanismo viable para resarcir los efectos de la violencia y, en muchos casos, para evitar conflictos violentos. De manera particular, si observamos que el actual sentimiento y contexto de inseguridad parece reproducir y generar nuevas dinámicas de violación a los derechos humanos, en las que participan tanto el Estado como actores paraestatales y los grupos criminales, y en las que las fronteras que distinguen a unos y otros parecen haberse desvanecido y conformado, en algunos puntos, conjuntos superpuestos. En este escenario, las víctimas de la violencia encuentran en los derechos humanos un mecanismo que garantiza su reconocimiento en cuanto *sujetos*. [...] Cuando se pone en juego la defensa de sus derechos humanos en situaciones particulares, lo que se puede observar no es solo la capacidad de los ciudadanos por expresar un derecho, sino competencias, habilidades, y narrativas que condensan la necesidad de ser reconocidos en cuanto *sujetos* –en una palabra, entidades sagradas–; apelan a ser comprendidos como parte de la democracia: su voz reclama que merecen ser considerados como miembros iguales de la sociedad y no solo como electores en cada ciclo electoral”. Arteaga Botello, Nelson, “Prólogo”, en Ansolabehere, Karina, Serrano, Sandra y Vázquez,

la primera década de la reforma constitucional. Porque, a pesar de la incapacidad del Estado para garantizar justicia, verdad y reparaciones, en estos diez años no han dejado de surgir dentro de la sociedad iniciativas, movimientos y organizaciones que han acudido, expresa o implícitamente, al nuevo repertorio constitucional para exigir dignidad, como se ha intentado mostrar en cada apartado a partir del trabajo del Centro Prodh, que representa solo uno de los muchos esfuerzos que se realizan en esta dirección desde la sociedad civil y en acompañamiento de las víctimas.

Del Movimiento de Paz con Justicia y Dignidad a Ayotzinapa y las brigadas de búsqueda de personas desaparecidas, de las y los jóvenes del movimiento #YoSoy132 a las recientes movilizaciones de las mujeres, de la resistencia indígena a los megaproyectos, a la lucha por el matrimonio igualitario, la exigencia de derechos es y seguirá siendo constante e insistente, y acaso en esta lenta pero permanente apropiación por parte de la sociedad del lenguaje que entró a la Constitución en 2011 está la mejor prueba de que la reforma importa.

Y es que defender los valores políticos que subyacen a nuestra reforma de 2011 es, en el fondo, defender un proyecto cuyo horizonte temporal no es de una década: el de la reivindicación de la dignidad humana. Como explica Julieta Lemaitre, este proyecto político siempre inconcluso es “una pelea de largo alcance” por “recrear el mundo social en contra de la ‘verdad’ que ofrece como sentido común la violencia cotidiana”.⁵⁸ La reforma de 2011 fue una victoria relevante, más no definitiva, de esa lucha.

En el presente, cuando desde las instituciones, la sociedad civil, la academia o los movimientos de víctimas tomamos en serio la promesa constitucional según la cual en México las violaciones de derechos humanos deben ser prevenidas, investigadas, sancionadas y reparadas, recreamos el sentido común que está llamado a sustituir ese otro sentido que ha generado la violencia estos últimos años, según el cual la vida humana es descartable. Un sentido común en el que la justicia, la verdad y las reparaciones prevalezcan sobre la impunidad, la mentira y la indiferencia. Esfuerzos de esta índole, que en su concreción afirman que México no está condenado a ser el que es ahora, no han dejado de ocurrir en estos diez años. Reconocer que en medio de nuestra oscura crisis esa luz permanece puede nutrir la esperanza.

Luis Daniel, *Los derechos humanos y la violencia: Estado, instituciones y sociedad civil*, Bogotá, Flacso, Uniandes, 2017, p. XIII.

⁵⁸ Lemaitre Ripoll, Julieta, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Siglo del Hombre, Uniandes, 2009, p. 397.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARTEAGA BOTELLO, Nelson, “Prólogo”, en ANSOLABEHERE, Karina, SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Luis Daniel, *Los derechos humanos y la violencia: Estado, instituciones y sociedad civil*, Bogotá, Flacso, Uniandes, 2017.
- ASAMBLEA GENERAL, Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Misión a México”, A/HRC/19/58/Add.2, 20 de diciembre de 2011. https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-58-Add2_sp.pdf
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, Resolución 60/147, 16 de diciembre de 2005.
- CENTRO PRODH Y THE LAWYERS COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS, *Injusticia legalizada. Procedimiento penal y derechos humanos*, México, 2001.
- CENTRO PRODH, “Justicia en retroceso”, *Animal Político*, 29 de abril de 2021. <https://www.animalpolitico.com/la-lucha-cotidiana-de-los-derechos-humanos/justicia-en-retroceso/>
- CENTRO PRODH, *A un año de Tlatlaya: la orden fue abatir*, México, 2015.
- CENTRO PRODH, Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia (IMDHD) y Universidad Iberoamericana, *Del papel a la práctica: la aplicación de las reformas constitucionales en el sistema de justicia 2011-2016. Monitoreo de la aplicación de las reformas en materia de derechos humanos, penal y amparo*, México, 2017.
- CENTRO PRODH, *Nos llaman las locas de las palas. El papel de las mujeres en la búsqueda de sus familiares desaparecidos*, México, 2020.
- CENTRO PRODH, *Patrones de impunidad. Deficiencias en la investigación de violaciones a derechos humanos y alternativas en el poder judicial*, México, 2019.
- CENTRO PRODH, *Revertir la impunidad. Diagnóstico y propuestas a partir del trabajo del Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI) y del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez*, México, 2017.
- CIDE-CNDH, *Estudio para elaborar una propuesta de política pública en materia de Justicia Transicional en México*, CNDH México, 2018. <https://www.cndh.org.mx/documento/estudio-para-elaborar-una-propuesta-de-politica-publica-en-materia-de-justicia>
- CIDH, *Situación de derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), “Quinto informe de seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en el informe sobre la situación de los derechos humanos en México”, en *Informe Anual 2020*, OEA, 2020, cap. V. <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2020/FB/Default.html>
- ELLACURÍA, Ignacio, *La lucha por la justicia. Selección de textos de Ignacio Ellacuría (1969-1989)*, País Vasco, Deusto, 2012.
- GIEI, *Informe Ayotzinapa II. Avances y nuevas conclusiones sobre la investigación, búsqueda y atención a las víctimas*, México, 2016.

- GRUPO INTERDISCIPLINARIO DE EXPERTOS INDEPENDIENTES (GIEI), *Informe Ayotzinapa. Investigación y primeras conclusiones de las desapariciones y homicidios de los normalistas de Ayotzinapa*, México, 2016.
- LEMAITRE RIPOLL, Julieta, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Siglo del Hombre, Uniandes, 2009.
- LOMNITZ, Claudio, “México: el tejido roto”, *Nexos*, abril de 2021.
- MAGALONI, Ana Laura, “Impunidad. De la procuraduría presidencial a la fiscalía autónoma”, en AGUILAR CAMÍN, Héctor *et al.*, *¿Y ahora qué? México ante 2018*, México, UdeG, Nexos, 2018.
- MAGALONI, Ana Laura y HEREDIA, Blanca, “Olvidemos Dinamarca, volvamos a México”, *Nexos*, agosto de 2018.
- MIGUEL AGUSTÍN PRO JUÁREZ, “Acto de reconocimiento de Inocencia y Disculpa pública a Jacinta, Alberta y Teresa”, 21 de febrero de 2017. Canal YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=v_tvV7GLk3s&t=7s
- PATRÓN, Mario *et al.*, “Un ejercicio novedoso de supervisión internacional. El caso Ayotzinapa y la experiencia del Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI)”, *Revista Sur*, núm. 25, julio de 2017.
- SALAZAR, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2014.
- SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Luis Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Flacso, 2013.
- SIKKINK, Kathryn, *Razones para la esperanza*, Buenos Aires, Siglo XXI, De Justicia, 2017.

Legislación y jurisprudencia

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, Fondo, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4.
- CORTE IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, No. 205.
- CORTE IDH, Caso Radilla Pacheco *vs.* Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, No. 209.
- CORTE IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, No. 220.
- CORTE IDH, Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215.
- CORTE IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas *vs.* Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, No. 213.
- CORTE IDH, Caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, No. 216.

- CORTE IDH, Caso Alvarado Espinoza y otros *vs.* México, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Serie C, No. 370.
- CORTE IDH, Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco *vs.* México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Serie C, No. 371.
- CORTE IDH, Caso Omeara Carrascal y otros *vs.* Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2018, Serie C, No. 368.
- CORTE IDH, Caso Villaseñor Velarde y otros *vs.* Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2019, Serie C, No. 374.
- CORTE IDH, Caso Spoltore *vs.* Argentina, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 9 de junio de 2020, Serie C, No. 404.
- CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ley General de Víctimas, *Diario Oficial de la Federación*, 9 de enero de 2013.
- CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, *Diario Oficial*, 17 de noviembre de 2017.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), Primera Sala, Tesis Aislada 1a. CC-CXXXVII/2018 (10a.), “Reparación integral del daño por violaciones a derechos humanos. Origen de su incorporación al texto constitucional en la reforma de 10 de junio de 2011”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 400, Registro 2018805.

LA PRIORIDAD DE LAS VÍCTIMAS Y DOS LÓGICAS PARA DISEÑAR SU REPARACIÓN

Andrea Guadarrama Prado*
Pedro Pallares-Yabur**

RESUMEN

Este artículo analiza la proyección legal de la reforma constitucional de 2011 a la luz de las instituciones, conceptos y procesos diseñados en torno de las víctimas de violaciones de los derechos humanos en México. En un primer momento, discute la definición de víctima desde una perspectiva maximalista, que hace énfasis en una protección amplia de los derechos, y otra minimalista, que asume los límites y restricciones de las herramientas y recursos del Estado para la administración de justicia, dos lógicas que sirven luego como punto de comparación de la forma como el Estado ha asumido sus obligaciones con las víctimas de violaciones de derechos humanos en los contextos de Colombia y México, caracterizados por la violencia generalizada. En un segundo momento, examina el papel de las víctimas en los procesos jurídicos de ambos países y los retos que enfrenta la institucionalidad a la hora de rediseñar mecanismos de justicia para ellas. Este ejercicio comparativo pone de relieve las dificultades de llevar a la práctica la normativa constitucional y alinear las necesidades de las víctimas de violaciones de derechos humanos con las posibilidades reales del derecho.

* Maestra en Filosofía, especializada en Justicia Transformativa, Universidad de Ciudad del Cabo (Sudáfrica); Maestra en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad de Notre Dame (Estados Unidos); Especialista en temas de justicia restaurativa y políticas de justicia transicional. Actualmente es consultora del Centro Internacional para la Justicia Transicional. andrea.guadarrama@gmail.com

** Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad Panamericana. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. ppallare@up.edu.mx

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, hace diez años la reforma constitucional de derechos humanos incluyó la obligación del Estado de “prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos”¹ y dejó en manos de una ley el esbozo de las instituciones, conceptos y procesos para ejecutarlo. Esta contribución tiene por objeto analizar ese proceso de proyección legal.

Desde el gobierno de Vicente Fox se había diseñado una reforma en materia de derechos humanos que actualizara la Carta Magna sobre la forma en que comprendía y defendía estos derechos que expresan la dignidad de la persona. Ese proyecto no vio la luz, sino hasta el gobierno de Felipe Calderón. Durante este segundo sexenio panista, la reforma pudo convertirse en derecho positivo, pero se hizo a la par de una crisis de violencia generada, bautizada como *guerra contra el narcotráfico*. Durante esa etapa aumentaron los homicidios dolosos en casi tres tantos, pasando de 9.7 por cada 100,000 habitantes en 2006, a 29.1 en 2018. Una cifra que supera incluso a países como Colombia (con una tasa de 25.3) y Brasil (con 27.4).² También se acumularon miles de víctimas de desaparición —la última cifra oficial reconoció 77,1710³— y muchas más que han padecido tortura, violencia sexual, secuestro, extorsión, etc.

El nuevo diseño institucional de protección de los derechos humanos se puso a prueba inmediatamente y las capacidades institucionales debían resolver un problema agudo con unas herramientas nuevas. ¿Cómo responder a los miles de personas que han sido víctimas de atrocidades inenarrables y sus necesidades de atención y reparación?, ¿qué tipo de instituciones habría que diseñar junto a la reforma en derechos humanos?, ¿la que era posible ejecutar?, ¿la que requerían las víctimas?, ¿qué tanto aprovechar o modificar las limitadas capacidades institucionales con que se cuenta?

El análisis que se ofrece en este artículo asume esta doble problemática: el contexto de violencia en el que se implementó y la novedad en los instrumentos a disposición del legislador que le otorgó la reforma de 2011. Así pues, primero analizará dos lógicas a las que se podría acudir para definir a una víctima y, en consecuencia, el alcance esperado o prometido de las reparaciones a su favor en el contexto de violencia generalizada. En esa sección se expondrá el trato de las víctimas en la ley colombiana emitida en el contexto de una política de justicia

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1, párr. 3.

² United Nations Office on Drugs and Crime, “Victims of intentional homicide, 1990-2018”, DataUNODC.

³ Comisión Nacional de Búsqueda, “Búsqueda e identificación de personas desaparecidas”, Gobernación, México, 30 de septiembre de 2020, p. 6.

transicional, y después se comparará con la decisión mexicana de definir a la víctima en términos amplios, sin una política que le dé cobijo. La segunda sección describirá las dificultades que implica en los procesos jurídicos poner a la víctima en el centro de su actuación. En ese contexto se reflexionará sobre los procesos de justicia transicional.

II. LA CALIDAD DE “VÍCTIMA” Y EL DERECHO A LA REPARACIÓN

Cuando las normas de derecho *definen* una institución señalan un conjunto de hechos o personas que ahora pueden ser *vistas* jurídicamente; las colocan en el entramado institucional, les reconocen o asignan facultades a las partes y permiten la ejecución de los procesos respectivos. En ese contexto, ¿cómo definir a una víctima?, ¿a partir de qué momento una persona ya es *vista* por el sistema jurídico y es *reconocible*, para activar su eventual protección y reparación? En México se conocía la solución colombiana a este problema, y cuando se buscó en la experiencia internacional el modo de implementar este elemento de la reforma de 2011, se estudió la experiencia de este país sudamericano. Esta práctica nos permitirá comparar dos modelos para definir a una víctima.

1. ¿Una definición maximalista o una minimalista?

Ser *víctima* es algo fáctico: ninguna persona tiene *derecho* a convertirse en una. Más bien, el daño a la dignidad ocurre a modo de delito, de una violación de sus derechos humanos o por incumplimiento en alguna de las obligaciones procesales del Estado respecto a la garantía de los derechos, como la prevención, investigación o protección del mismo.⁴ Ahora bien, para convertir esta realidad en un concepto jurídico, algunos sistemas asumen que la misión del derecho implica dotarse de todas las herramientas necesarias, no solo para reconocer a cualquiera que sufra un daño, sino para *lograr* que esa herida en la dignidad de una persona quede, hasta donde sea necesario, sin efecto. A esta lógica se la puede llamar *maximalista*: entiende que el deber del Estado es ofrecer una protección efectiva, *útil y amplia*. En estas coordenadas, las políticas de víctimas que se diseñan suelen distinguir entre víctimas directas e indirectas (cualquiera que haya

⁴ En febrero de 2021, la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió que Alemania había cumplido con “la obligación procesal de investigar” la vida protegida en el artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos. El caso se refería a la muerte de unos niños a causa de un bombardeo ordenado por un coronel de ese país adscrito a la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en Afganistán. La Corte reconoce que solo le compete revisar esa obligación de investigar –un deber procesal–. Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Gran Sala, Caso Hanan vs. Alemania (Aplicación 4871/16), Sentencia del 16 de febrero de 2021.

sido afectado), con muy pocas o ninguna restricción entre ellas respecto del tipo de violación sufrida, o sin partir de una debilidad institucional real. Los orienta una legítima preocupación por una respuesta real ante el sufrimiento injusto de personas concretas.

Otras, las *minimalistas*, asumen que los instrumentos del derecho son restringidos, pues deben coordinar varios niveles de autoridad con facultades delegadas y definidas, administrar recursos limitados, proteger los derechos procesales de los perpetradores, etc. Así pues, al definir a quién puede considerarse *víctima* para ejercer su derecho a la reparación, reducen su foco a un tiempo, un modo de padecer el daño, unos límites geográficos, un tipo de participación o amplitud del contexto de violencia. De este modo, las autoridades pueden diseñar medidas de reparación que se ejecutan con mayor facilidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) asume una posición maximalista en su concepto de víctima, la reparación que se ordena y los estándares de cumplimiento del derecho a la reparación. Estas medidas deben ser integrales, compuestas por acciones de satisfacción, restitución, rehabilitación, compensación y garantías de no repetición para conseguir altos estándares de cumplimiento.⁵ Así, por ejemplo, en el cálculo de indemnización por daño material, la compensación toma en cuenta todo el daño causado en el caso concreto, pues busca una *restitutio in integrum* eficaz y lo más completa posible.⁶ En definitiva, busca devolver, hasta lo máximo posible, la situación a su estado anterior a la violación. Con esta lógica, se comprende que haya ordenado a Argentina, por ejemplo, trasladar a “la población criolla fuera del territorio indígena” cuyo estilo de vida alteraba el espacio vital de los pueblos originarios y violaba su derecho al medio ambiente sano.⁷ Es evidente que cuanto más ambiciosa sea una reparación

⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Mota Abarullo y otros vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 18 de noviembre de 2020, párr. 135.

⁶ Cfr. Corte IDH, Caso Andrade Salmón vs. Bolivia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de diciembre de 2016, párr. 207. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó la inconstitucionalidad de los topes o tabuladores en el cálculo del daño inmaterial porque “la proporcionalidad de una indemnización [que busca una reparación integral] no depende de la existencia de montos o topes que la limiten, ni como máximos ni como mínimos, sino de la forma en que se individualice en cada caso, siguiendo para ello los parámetros expuestos”. Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5826/2015, Sentencia del 21 de abril de 2017. Este principio se recogió en la Tesis 1a./J. 31/2017 (10a.), “Derecho Fundamental a una reparación integral o justa indemnización. Su concepto y alcance”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 41, t. I, abril de 2017, p. 752, Registro 2014098.

⁷ El caso se refiere a una comunidad indígena que buscaba recuperar sus tierras ancestrales de las que fueron despojados formalmente en 1905. En ellas viven poco más de cuatrocientas familias de criollos que de buena fe poseen la propiedad civil de las mismas. La explotación de ese territorio tiene un efecto perjudicial en el estilo de vida indígena que les dificulta la caza, la pesca y

más difícil será su ejecución. No se duda de la necesidad o buena fe de este enfoque, sino señalar que en algunos casos a mayor amplitud y profundidad de la medida de reparación le corresponden más dificultades en su ejecución.⁸

Por el contrario, una visión *minimalista* parece realista en sus pretensiones y posibilidades de cumplimiento, pero sin duda dejará sin atender aspectos de la reparación que una víctima exige. Por ejemplo, ante la violación al derecho al medio ambiente sano –como en el caso “Lahka Honhat”– la única medida de reparación ordenada por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Cordellá y otros vs. Italia* se refirió a indemnizaciones pecuniarias. No le pidió estrategias para sanar el aire en Tarento, perseguir a los responsables, ni operar con más eficacia los recursos jurídicos disponibles. Una medida ejecutable, pero que parece insuficiente para las necesidades de las víctimas.⁹

2. La víctima en el contexto de justicia transicional: Colombia

2.1. Una definición limitada de víctima

El conflicto armado interno colombiano ya ha acumulado millones de víctimas de crímenes atroces, algunos cometidos principalmente por agentes estatales, paramilitares y la guerrilla. Como parte del proceso de pacificación, se elaboró una ley de víctimas para responder al legítimo reclamo de millones de afectados a ser reconocidos como víctimas y a ser reparados integralmente. En este contexto,

el ejercicio de sus prácticas culturales. La Corte IDH condenó a Argentina por violar los derechos a la propiedad comunitaria, al medio ambiente sano, a una alimentación adecuada, al agua, a la identidad cultural y a la protección judicial. *Cfr.* Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de febrero de 2020, párr. 327 y ss.

⁸ En dos casos análogos, a más de diez años de haberse dictado las sentencias de los casos *Yakye Axa vs. Paraguay* y *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, el país sudamericano seguía sin cumplir una medida de reparación que le ordenaba delimitar y otorgar la propiedad de unas tierras ancestrales a las víctimas. *Cfr.* Corte IDH, Resolución del 14 de mayo de 2019, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *Caso Yakye Axa vs. Paraguay*, párrs. 32, 33, y Resolución del 14 de mayo de 2019, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *Caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, párr. 19. En ambos casos se mantiene abierto el procedimiento de supervisión de sentencia y el Estado ha dado pasos que lo acercan al cumplimiento. La Corte IDH reconoce 220 casos abiertos en etapa de supervisión de sentencia (79%); 19 en los que los Estados se muestran omisos a cumplir la sentencia (6%); y ha cerrado 40 casos por cumplimiento total (15%). Véase Corte IDH, “Casos en etapa de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia” (https://www.corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm?lang=es). Evidentemente, estos porcentajes cambiarán si se considera por separado cada medida de restitución y reparación. Sin embargo, la cantidad de sentencias en proceso de cumplimiento muestra la complejidad operativa de algunas de ellas, las dificultades institucionales de cada Estado, la mala fe de algunos implicados o los actos de agentes no estatales que impiden su cumplimiento.

⁹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Cordella y otros vs. Italia*, Sentencia del 24 de enero de 2019, Aplicaciones 54414/13 and 54264/15, Resolutivos 6 y 7.

el Estado colombiano decidió implementar una política de justicia transicional que parte de una visión *minimalista* de la víctima, pero que le permitirá mejores garantías para la eficacia a favor del mayor número de víctimas posibles.

Esta política de justicia transicional contempla todo un sistema de justicia extraordinaria y temporal, que opera en paralelo al sistema ordinario. La definición de víctima asume que existe una situación de violencia masiva y generalizada, pero, aún así, distingue entre los afectados por delitos ordinarios, a quienes han dañado sus derechos humanos, de quienes, al menos por esta vía, tendrán acceso a mecanismos específicos de justicia transicional que incluye un programa de reparaciones administrativas diseñado para ello con medidas de satisfacción, garantías de no repetición, rehabilitación, restitución y compensación.

No todas las víctimas de violaciones de derechos humanos o de la delincuencia pueden inscribirse al Registro Único de Víctimas (RUV) creado por la Ley 1448 de 2011, que opera el mecanismo de justicia transicional. Esa ley define a las víctimas que atenderá ese proceso como “aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1o. de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno” (Ley 1448, art. 3).

Además, la calidad jurídica de víctima en este sistema únicamente se reconoce a las víctimas de homicidio; desaparición forzada; secuestro; lesiones personales que generaron incapacidad; reclutamiento ilícito de niños, niñas y adolescentes; contra la libertad e integridad sexual; tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, y desplazamiento forzado. También se consideran víctimas los niños, niñas y adolescentes nacidos como consecuencia de una violación sexual en el marco del conflicto armado.¹⁰ Actualmente, la RUV cuenta con 9,123,123 personas inscritas.¹¹

Esto no quiere decir que el resto de colombianos no pueda ser considerado víctima en otros procesos jurídicos. Más bien, los procesos de justicia transicional y sus medidas de reparación están diseñadas como una respuesta subsidiaria a los procesos jurídicos *ordinarios*. Colombia reconoce que lo prolongado en el tiempo, la cantidad de personas implicadas, lo masivo y grave de los daños en

¹⁰ Unidad para la Atención y Reparación Integral a Víctimas, “Indemnización”, Gobierno de Colombia.

¹¹ Unidad para la Atención y Reparación Integral a Víctimas, “Víctimas del Conflicto Armado”, Gobierno de Colombia.

personas y comunidades asfixiarían los procesos de justicia retributiva e impedirían el proceso de paz.

Obviamente, cuando se define una víctima se marca una línea que incluye a muchas personas, pero excluye a otras. Comprensiblemente, un proceso de justicia transicional solo puede ser eficaz si describe los eventos que piden una respuesta así, pero aquello dejará fuera otras situaciones dolorosas. Pero el Estado colombiano tomó una decisión tomando en cuenta el daño social, las limitaciones de los recursos estatales y las medidas previstas en el programa de reparación que podría ejecutarse.

2.2. *Ganadores y perdedores*

Esta visión minimalista implementa medidas en su mayoría estandarizadas y que probablemente no sean proporcionales al daño sufrido. Por ejemplo, para otorgar compensaciones, utilizan primero los recursos entregados por la población desmovilizada y después, subsidiariamente, aquellos que se captan vía impuestos.

Hay que decir que cuando comenzó a operar la Jurisdicción Especial de Justicia y Paz la primera resolución de autoridad jurisdiccional fue la del caso de Mampuján, en donde ordenó reparaciones integrales que atendían más a la lógica maximalista. Se condenó a los responsables a pagar cuantiosas compensaciones a las víctimas; cantidades que realmente necesitaban las víctimas, pero imposibles de cubrir para los victimarios. La diferencia la terminó de cubrir subsidiariamente el Estado.¹² Como una política así resulta inviable en el tiempo, se determinó que las reparaciones pecuniarias a víctimas se harían por medio de su inscripción al RUV, que garantiza el acceso a medidas limitadas y estandarizadas por el programa.

Al diseñar en su ley un concepto minimalista de víctima, limitada a procesos de justicia transicional, a delitos y tiempo determinado, abrió la puerta a nueve millones de beneficiarios, en un contexto complejo de resentimientos, temor y debilidad institucional. Así, cuando reconoció el contexto de violencia masiva, dio por ciertas múltiples atrocidades, creó medios de prueba sencillos y rápidos para acreditar la calidad de víctima, abrió un camino imperfecto y limitado para salir de un conflicto social agudo.

Pero un camino *posible* no necesariamente es una vía *completa*. Supone al menos una importante desventaja: la insatisfacción de las víctimas, ya que probablemente los beneficiarios consideren que el daño padecido no se repara de manera justa y proporcional. Tomando en consideración las limitaciones de las medidas de reparación que conforman el programa, el Estado colombiano ha decidido

¹² *Verdad Abierta*, "El enredo de la reparación en Mampuján", 30 de mayo de 2012.

apostar a la implementación de las garantías de no repetición como el elemento medular de la reparación, pero tendrá que transcurrir un tiempo para saber si las medidas implementadas lograron su cometido.

3. La víctima en una situación de violencia generalizada: México

3.1. Una definición para toda víctima

Al igual que Colombia, México enfrentaba una situación de violencia generalizada, masiva y grave. En su afán de atender el justo reclamo de los distintos tipos de violencia padecida: por delitos comunes, por la guerra entre narcos, por narcos que amplían su negocio a la extorción, por secuestradores que solo son eso, por trata de personas, etc., el Estado mexicano puso su Ley General de Víctimas (LGV) dentro del sistema ordinario de justicia, y no como parte de un proceso de justicia transicional. Esto implica que, aunque haya podido revisar la Ley 1448 colombiana, la LGV omite cualquier delimitación contextual y temporal y asume criterios maximalistas no solo para definir quién puede ser considerado como víctima, sino también para establecer los estándares de cumplimiento de proyectos individuales y colectivos de reparación.

De modo que para la LGV una víctima es cualquier persona que haya sufrido algún daño como resultado de un delito o de una violación de derechos humanos. Basta acreditar esa vulneración para obtener la *calidad de víctima*; reconocimiento que se extiende a las víctimas indirectas (familiares o personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella). Incluso pueden ser reconocidas como víctimas aquellas personas que *potencialmente* pudieran sufrir el menoscabo a sus derechos por asistir a otra víctima.¹³

Ahora bien, a una definición tan generosa de víctima no le corresponde un modo sencillo para acceder a la reparación. La legislación colombiana prevé un mecanismo sencillo y rápido, pero en México el acceso a la reparación —particularmente a la compensación— está supeditado a obtener una resolución judicial, nacional o internacional, o una recomendación favorable de un organismo internacional o autónomo de derechos humanos.

3.2. Ganadores y perdedores

La amplitud en la definición de víctima hace imposible que el Estado mexicano atienda, con todo lo que necesita una víctima, a todo aquel que sufra un

¹³ Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, Ley General de Víctimas, *Diario Oficial de la Federación*, 9 de enero de 2013, art. 4.

menoscabo en sus derechos. Por eso, aunque muchas personas pueden acceder al sistema cuando se la reconoce como víctima, solo unas cuantas cumplen con los requisitos necesarios para ser reparadas por este mecanismo legal. De acuerdo con cifras oficiales, hasta el año 2017 había al menos 14,460 personas¹⁴ en el Registro Nacional de Víctimas (Renavi).¹⁵ Hasta ese año solo se habían reparado 75 casos y beneficiado a tan solo 478 personas.¹⁶ Esta problemática se acentúa al no existir un programa de reparación administrativa, porque los estándares de cumplimiento de la reparación a los que se compromete la ley y el poder judicial atienden a estándares maximalistas.

Así pues, una víctima que recibe a su favor una recomendación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, a pesar de que esta sea *no vinculatoria*, otorga la calidad de víctima. De este modo los conceptos de reparación a una violación pueden ser reclamados jurisdiccionalmente y no pueden limitarse a tabuladores ni a topes preestablecidos, ni se condicionan por las facultades que las autoridades ejercen en su actividad ordinaria. Se trata de la obligación constitucional de reparar de forma efectiva y eficaz un derecho violado.¹⁷ La SCJN ha seguido la pauta de la Corte IDH y ha permitido establecer los más altos estándares, centrando sus decisiones en el máximo bienestar de las víctimas, ordenando que la autoridad replantee sus medidas de reparación hasta lograr la consistencia deseada.¹⁸

Quién puede estar en contra de un enfoque así, maximalista, que se preocupa por aquellas soluciones que realmente ayudarán a la víctima, busca la verdad de los hechos, no tanto limitándose a una verdad procesal, y ofrece un camino generoso e incluyente propio de un Estado constitucional. Pero puede generar falsas expectativas. El sistema le da la *calidad de víctima* a cualquier persona que haya sufrido un menoscabo de sus derechos y le promete que tendrá acceso a una reparación integral que responda a los más altos estándares de cumplimiento. Sin

¹⁴ Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, "Solicitudes Registradas en Renavi por año y Tipo de Víctima (2014-2019)", Gobernación, México, 2019.

¹⁵ Las cifras publicadas por la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas se encuentran desactualizadas y tampoco reflejan la realidad del universo de víctimas del país. De hecho, el Registro Nacional de Víctimas (Renavi) no es conocido por las víctimas ni por las autoridades en las fiscalías, quienes tendrían que ayudar a las personas a ingresar a él. Las cifras más recientes reportadas del registro son de 2019 y en ellas se reportan 30,539 víctimas.

¹⁶ Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, "Comité Interdisciplinario Evaluador", Gobernación, México, 2019.

¹⁷ Por ejemplo, SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 73/2016; Amparo Directo 18/2015; y SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 50/2015. Ahí se declaró inconstitucional el tope a la indemnización dispuesto por la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado y se determinó que el tratamiento médico de por vida que recibirían las víctimas no se trataba de un beneficio, por ser derechohabiente del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).

¹⁸ Cfr. SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 390/2018, Sentencia del 11 de julio de 2018.

embargo, la gran mayoría, por razones ajenas a las víctimas, no podrá recibir una sentencia o una recomendación a su favor que les dé acceso al sistema administrativo de reparación.

Tómese en cuenta que en México se calcula la impunidad en 87%¹⁹–89.6% en casos de homicidio doloso²⁰. Lo que significa que, de la totalidad de aquellos que legalmente serían *victimias*, únicamente un 13% podría acceder a la reparación. Una vez cruzado ese umbral, las reparaciones cuya ejecución es más sencilla son las compensatorias. El resto, atendiendo a los estándares más altos en la materia, requerirían coordinación entre funcionarios, facultades legales no siempre específicas en las normas, autoridades dispuestas a cargar con el costo político de aparecer como *responsables*, aunque los hechos hayan sucedido mucho antes de que tomaran posesión.

Por ejemplo, un padre de familia obtuvo a favor de su hijo una recomendación contra el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) por una mala práctica médica que agravó la salud del menor. La autoridad responsable aceptó atenderlo de por vida para mitigar el daño, pero el padre encontró que en San Diego (California) existía un tratamiento mejor. Fue la SCJN quien ordenó al IMSS la elaboración de un convenio con el hospital extranjero para la atención de la víctima.²¹ ¿Pero cuántas víctimas logran llevar su caso hasta el máximo tribunal?

De modo que es virtualmente imposible, sin judicializar constitucionalmente, cumplir con los estándares fijados por la norma constitucional al definir a la víctima y por la Corte para marcar el alcance de la reparación. El problema no es solo de una definición generosa de víctima y de la restricción que implica conseguir una resolución en un proceso jurisdiccional o cuasijurisdiccional. Tampoco se trata solo de debilidad institucional o de impunidad. La LGV distingue entre víctimas de violaciones de derechos humanos y las que lo son de un delito, como si unas fueran más víctimas que otras, a pesar de que, en la generalidad de los casos, la mayoría sufre daños a consecuencia de una política de seguridad que las últimas tres administraciones han implementado para combatir la delincuencia organizada.²²

¹⁹ Se refiere únicamente al promedio nacional de impunidad en los procesos penales en el sistema acusatorio (2017); dependiendo de los estados, el porcentaje puede superar el 99% y a esto habría que agregar los niveles de impunidad en los asuntos que todavía se llevan en el sistema inquisitivo. Novoa, María, "Hallazgos 2017. Seguimiento y evaluación del Sistema de Justicia Penal en México", México, México Evalúa, 2018.

²⁰ Zepeda Lecuona, Guillermo Raúl y Jiménez Rodríguez, Paola Guadalupe, "Impunidad en homicidio doloso y feminicidio en México: Reporte 2020", México, Impunidad Cero, 2020.

²¹ SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 73/2016, Sentencia del 13 de abril de 2016.

²² Cfr. DW, "La mayoría de los homicidios en México tiene que ver con el narcotráfico", 25 de enero de 2021.

Una lógica *maximalista* no compromete los valores a los que aspira un Estado constitucional de derechos humanos, pero habría que preguntarse si esa amplitud hace justicia a sus ideales cuando se ejecuta aquel diseño.

III. LA CENTRALIDAD DE LA VÍCTIMA Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL

1. El diseño de los procedimientos jurídicos y las víctimas

Además de los problemas de asumir una definición de víctima –maximalista o minimalista– a ella le toca *activar* los procesos jurídicos, es ella quien hace los sacrificios para avanzar por los procesos jurídicos, y debe traducir sus pretensiones a un lenguaje jurídico diluyendo su pena, solo por obtener un poco de justicia, un poco de verdad o un poco de reparación. Este drama se agudiza en contextos como el de México o el de otros países como Colombia, que también sufren elevados niveles de violencia o que atraviesan conflictos armados, en donde los afectados navegan entre procesos masivos y difíciles de asumir, que pagan con un desgaste moral adicional a su pérdida.

Afortunadamente, poco a poco se abre paso la sensibilidad necesaria para que el derecho reconozca su situación. Así sucedió con la reforma penal de 2008 en México que reconoció a la víctima derechos en el proceso penal o su participación en el nuevo sistema penal acusatorio. Sin duda también ayudan los criterios de la Suprema Corte o de la Corte Interamericana a reconocer el lugar de las víctimas. Sin embargo, el camino es tortuoso, porque los procesos penales están diseñados para proteger la presunción de inocencia del acusado. Al abogado defensor le basta arrojar una duda razonable para que el acusado quede libre. Una mujer víctima de una violación se somete a un interrogatorio que le hará revivir un evento traumático, en cuya narración fácilmente puede caer en contradicciones. Precisamente porque el daño padecido le hace difícil mantener una historia sin elementos oscuros o contradicciones.

Los procesos internacionales de derechos humanos están diseñados para determinar el incumplimiento de una obligación convencional de un tratado, en la que hace falta demostrar el nexo causal del daño con una acción u omisión imputable al Estado a través de las reglas del derecho internacional público. Se trata de un proceso que incorpora a la víctima, sin que sea ella, al menos en su diseño, el centro de cuidado del proceso.

En su importante trabajo *The little book of trauma healing. When Violence strikes and community security is threatened*, Carolyn Yoder²³ explica que la víctima sana cuando transita por tres etapas. Primero, por la *seguridad* de haberse liberado del perpetrador y de sus amenazas. Esto requiere no solo distancia física, sino también herramientas psicológicas y de acompañamiento para lograrlo. Segundo, por el *reconocimiento*, como base de su vida postrauma; es decir, que se le ofrezca un ambiente donde se acepte su daño, se atienda su duelo, se permita contar su historia, por caótica y contradictoria que parezca; la acompañen personas que quieran entender por qué alguien como ella ha padecido aquello y resistan la tentación de deshumanizarla, demonizarla o culparla por lo sucedido. Por último, ha de llegar a la *reconexión*, para personarse e imaginar un futuro tras haber resignificado la tragedia. Solo después de un proceso así la víctima estará en condiciones de buscar los mecanismos jurídicos de reparación sin una falsa expectativa de sanación.

¿Cómo rediseñar los procesos jurídicos considerando la centralidad de la víctima? ¿Qué necesita esta y qué le puede ofrecer realmente el derecho? Sin duda, su dolor pide cautela al derecho para que este no haga promesas que no pueda cumplir. Por ejemplo, si como parte de la reparación la víctima ordenada por un tribunal se exige la búsqueda de un familiar desaparecido, probablemente dicho esfuerzo se vea frustrado por la falta de recursos materiales o humanos para llevarla a cabo, por la falta de condiciones de seguridad o simplemente por una irremediable pérdida de información cuando la fiscalía no realizó las debidas diligencias en su momento. Si la víctima demanda una compensación económica y esta se debe dividir con miles o incluso millones de personas, probablemente el monto económico que reciba no sea proporcional al daño sufrido. Ahora bien, somos conscientes de que algunos esfuerzos jurídicos dan fruto y las víctimas logran comenzar su proceso de sanación. Pero también sabemos que difícilmente se construirán las condiciones perfectas para la operación de programas de reparación o de planes individuales que se encuentren a la altura de la dignidad y las necesidades de las víctimas. Entonces, ¿qué pide la dignidad que funda los derechos humanos?, ¿una visión minimalista que quizá logre su fin, pero deje un mal sabor de boca por su limitación, o un concepto maximalista que asuma todo aquello que realmente necesita una víctima, pero que difícilmente cumplirá su promesa?

²³ Yoder, Carolyn, *The little book of trauma healing. When Violence strikes and community security is threatened*, Pensilvania, Good Books, 2005.

2. Las necesidades de la víctima, las reglas del derecho y la justicia transicional

El desarrollo del derecho de víctimas también ha puesto de manifiesto la necesidad de una visión de la justicia no solo como *retribución* impuesta a quien incumple con una obligación o rompe la ley. Dicho de otra manera, en la búsqueda de mecanismos centrados en las víctimas, se han desarrollado procesos que siguen una lógica distinta de la retribución: la justicia restaurativa. ¿Este enfoque logra la reparación integral de la víctima?

Antes de contestar esta pregunta se debe tomar en cuenta el contexto en el que esta solución se ha desarrollado. Cuando en una sociedad la cantidad de violaciones de los derechos humanos, lo generalizado de los perpetradores y la ruptura social en varios bandos han dejado de manifiesto las limitaciones de unos procesos jurídicos que atienden solo a los responsables, como si fueran una anomalía, ¿cómo romper con herramientas jurídicas esos ciclos de violencia o de guerra entre bandos enfrentados? La práctica de la *justicia transicional* intenta adecuar el derecho a esos problemas estructurales, hechos de rencores sociales mutuos y centenares de víctimas y victimarios.

La justicia transicional se mueve entre decisiones políticas e instituciones jurídicas. No persigue una justicia distributiva o retributiva, sino estrategias que buscan dejar atrás un periodo de conflicto o violencia masiva de tal gravedad que sus instituciones ordinarias de justicia no alcanzan a darle una respuesta adecuada. Se trata de reconocer quizá unas precarias condiciones institucionales y construir en esas arenas movedizas un balance entre lo deseable y lo posible.²⁴ Se trata de una decisión de alto costo político y de muchos recursos cívicos para investigar, juzgar, reparar y reformar instituciones; se asumen resultados modestos porque se trabaja con lo que se tiene.

En ese balance entre lo posible y lo deseable se proponen estrategias de reparación extraordinarias que garantizan su acceso sin supeditarse a la resolución judicial de los casos en lo individual. Generalmente las reparaciones se operan de manera masiva por medio de programas de carácter administrativo, siguiendo una lógica minimalista en su diseño. Dichos programas se presentan como una alternativa para reparar integralmente al mayor número de personas en la menor cantidad de tiempo, atendiendo a las capacidades reales económicas, institucionales y políticas de un país fracturado.

²⁴ Centro Internacional para la Justicia Transicional (CIJT), "¿Qué es la justicia transicional?"

Colombia implementó estrategias de reparación de esta naturaleza, pero también muchos otros lo han hecho; algunos con más éxito, como Chile,²⁵ y otros con no tan buenos resultados, como Guatemala²⁶ o Sudáfrica.²⁷ En general, en estos procesos, como en el caso colombiano, las estrategias extraordinarias de reparación no implican la sustitución o suspensión del sistema ordinario de justicia, aunque reconocen que no siempre logran la reparación a la víctima. Por ejemplo, en Sudáfrica la Comisión de la Verdad y Reconciliación ofreció amnistía a los responsables de crímenes políticos a cambio de la verdad sobre las violaciones cometidas durante el *apartheid*, so pena de ser perseguidos penalmente. Se prefirió este método al tradicional, porque el proceso penal en sí mismo dificulta conocer una verdad histórica. Por eso muchos optan por implementar políticas de amnistía o beneficios procesales –como disminuciones en las sentencias– para satisfacer el derecho a la verdad de las víctimas, pues difícilmente un acusado contaría una historia que sellara su destino.

La frontera entre procesos penales y justicia transicional nunca es nítida, ni pacíficamente señalada. Entre otras cosas, porque una política de justicia transicional que incluya comisiones de la verdad, peticiones de perdón, etc., que ayuden a unas víctimas, implicaría que algunos perpetradores no recibieran sentencias propias de justicia retributiva, y se violaría el derecho de otras víctimas al castigo de los culpables. La Corte IDH ha tomado postura en este debate y prohíbe las leyes de amnistía y beneficios procesales propios de la justicia transicional, si ello implica que algunos perpetradores que han cometido graves violaciones de derechos humanos se queden sin castigo a costa de unas víctimas.²⁸ Las políticas de justicia transicional no son la panacea, pues prometen poco, e incluso los resultados de paz y reconciliación exigen un reaprendizaje continuo por la sociedad. Porque a cada generación le toca convencerse una y otra vez del camino emprendido.

Habrá quien considere que México necesita un proceso de justicia transicional, con mecanismos extraordinarios, como comisiones de la verdad y tribunales *ad hoc*. Quizá. Pero se debe tomar en cuenta que sus frutos se palpan cuando se crea una política de Estado muy peculiar, con estrategias extraordinarias, limitadas en el tiempo, que atiendan a una lógica minimalista, que promete poco, con resultados frágiles que deben reaprenderse socialmente, y con condiciones

²⁵ International Center for Transitional Justice (ICTJ), "ICTJ Program Report: Reparative Justice.

²⁶ CIJT, "América: Guatemala".

²⁷ CIJT, "África: South Africa".

²⁸ Cfr. Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia del 24 de febrero de 2011, párr. 230 y ss. En este caso el tribunal internacional invalidó esas leyes, aun cuando fueron aprobadas por el nuevo poder legislativo y ratificadas en dos ocasiones por un referéndum y un plebiscito.

de validez marcadas por la Corte IDH. Tribunal que, como ya vimos, niega la posibilidad de leyes de amnistía, pero también reconoce la importancia de generar mecanismos para “reparar masivamente a números de víctimas que exceden ampliamente las capacidades y posibilidades de tribunales internos”.²⁹

IV. REFLEXIONES FINALES

La reforma de 2011 colocó a los derechos humanos en un lugar central de nuestro sistema jurídico e incluyó el reconocimiento del derecho a la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Diez años después, la implementación muestra lo difícil que resulta adecuar unas prácticas que se preocupaban más de la coherencia formal del sistema de normas, asumiendo que, si algo funciona en abstracto, habrá de lograr su misión en lo concreto.

La realidad de las víctimas, las consecuencias de la guerra contra el narco y las dificultades de asumir una visión maximalista o minimalista de la víctima no dejan de retar cualquier precomprensión del papel y misión del derecho. Ante la situación de una víctima, parece que el derecho solo puede acompañar a quien sufre y encogerse de hombros. Porque un comprensible y loable deseo de ayudar a las víctimas en sede jurídica debe reconocer que en este tema el derecho toca sus propios límites. Este reconocimiento ha mostrado detonar capacidades creativas entre muchos operadores jurídicos para diseñar mejores instrumentos.

Empatar las necesidades de una víctima con las posibilidades reales del derecho, o llevar el derecho hasta sus fronteras en beneficio de las personas y su dignidad, ha sido una realidad palpable en estos diez años. Como también es evidente que las necesidades de la víctima colocan al derecho entre la realidad y la utopía. Dice Borges en el cuento *La forma de la espada* que a un *gentleman* solo le interesan las causas perdidas porque son las únicas que necesitan de toda la persona y de lo mejor de ella misma. Las otras, se defienden solas. Así pues, un jurista o una abogada que toca con su profesión las heridas de una víctima muy pronto se da cuenta de que esta utopía del derecho de las víctimas es un reto en el que vale la pena involucrarse.

²⁹ Corte IDH, Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Caraca (“Operación Génesis”) vs. Colombia, Sentencia del 20 de noviembre de 2013, párr. 470.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL (CIJT), “¿Qué es la justicia transicional?”. <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>
- INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE (ICTJ), “Africa: South Africa”. <https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/south-africa>
- ICTJ, “Americas: Guatemala”. <https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/guatemala>
- ICTJ, “ICTJ Program Report: Reparative Justice”. <https://www.ictj.org/news/ictj-program-report-reparative-justice>
- CEAV, “Solicitudes Registradas en Renavi por año y Tipo de Víctima (2014-2019)”, Gobernación, México, 2019. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/503894>
- COMISIÓN EJECUTIVA DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS (CEAV), “Comité Interdisciplinario Evaluador”, Gobernación, México, 2019. <https://www.gob.mx/ceav/acciones-y-programas/comite-interdisciplinario-evaluador>
- COMISIÓN NACIONAL DE BÚSQUEDA, “Búsqueda e identificación de personas desaparecidas”, Gobernación, México, 30 de septiembre de 2020. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/586166/B_squeda_e_Identificaci_n_7_de_Octubre_2020.pdf
- DW, “La mayoría de los homicidios en México tiene que ver con el narcotráfico”, 25 de enero de 2021. <https://www.dw.com/es/la-mayor%C3%ADa-de-los-homicidios-en-m%C3%A9xico-tiene-que-ver-con-el-narcotr%C3%A1fico/a-56339209>
- NOVOA, María, “Hallazgos 2017: Seguimiento y Evaluación del Sistema de Justicia Penal en México”, México, México Evalúa, 2018. <https://www.mexicoevalua.org/mexicoevalua/wp-content/uploads/2020/03/hallazgos2017.pdf>
- UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A VÍCTIMAS, “Indemnización”, Gobierno de Colombia. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/indemnizacion/8920>
- UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A VÍCTIMAS, “Víctimas del Conflicto Armado”, Colombia. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, “Victims of intentional homicide, 1990-2018”, DATAUNODC. <https://dataunodc.un.org/content/data/homicide/homicide-rate>
- VERDAD ABIERTA, “El enredo de la reparación en Mampuján”, 30 de mayo de 2012. <https://verdadabierta.com/el-enredo-de-la-reparacion-de-las-victimas-de-mampujan/>
- YODER, Carolyn, *The little book of trauma healing. When Violence strikes and community security is threatened*, Good Books, Pennsylvania, 2005.
- ZEPEDA LECUONA, Guillermo Raúl y JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, Paola Guadalupe, “Impunidad en homicidio doloso y feminicidio en México: Reporte 2020”, México, Impunidad Cero, 2020. <https://www.impunidadcero.org/uploads/app/articulo/142/contenido/1605024010E66.pdf>

Legislación y jurisprudencia

- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (CEDH), Gran Sala, Caso Hanan *vs.* Alemania. Aplicación 4871/16, Sentencia del 16 de febrero de 2021.
- CEDH, Caso Cordella y otros *vs.* Italia, Aplicaciones 54414/13 and 54264/15, Sentencia del 24 de enero de 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), Caso Gelman *vs.* Uruguay, Sentencia del 24 de febrero de 2011.
- CORTE IDH, Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) *vs.* Colombia, Sentencia del 20 de noviembre de 2013.
- CORTE IDH, Caso Andrade Salmón *vs.* Bolivia, Sentencia de 1 de diciembre de 2016.
- CORTE IDH, Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) *vs.* Argentina, Sentencia de 6 de febrero de 2020.
- CORTE IDH, Caso Mota Abarullo y otros *vs.* Venezuela, Sentencia del 18 de noviembre de 2020.
- CORTE IDH, Resolución del 14 de mayo de 2019, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Caso Yakye Axa *vs.* Paraguay.
- CORTE IDH, Resolución del 14 de mayo de 2019, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Caso Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay.
- LEY GENERAL DE VÍCTIMAS, *Diario Oficial de la Federación*, Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 9 de enero de 2013. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/112957/Ley_General_de_Victimas.pdf
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), Primera Sala, Amparo Directo 50/2015.
- SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 73/2016, Amparo Directo 18/2015.
- SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 73/2016, Sentencia del 13 de abril de 2016.
- SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 390/2018, Sentencia del 11 de julio de 2018.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5826/2015, Sentencia del 21 de abril de 2017.
- SCJN, Tesis 1a./J. 31/2017 (10a.), “Derecho Fundamental a una reparación integral o justa indemnización. Su concepto y alcance”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 41, t. I, abril de 2017, p. 752, Registro 2014098.

8.

**LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES
DE DERECHOS HUMANOS Y AMPARO
EN MÉXICO DESDE MIRADAS
LATINOAMERICANAS**

EL AMPARO CONSTITUCIONAL DESDE SUS ORÍGENES EN MÉXICO HASTA SU DISEÑO EN EL PARADIGMA DEL *SUMA QAMAÑA*

María Elena Attard Bellido*

RESUMEN

Este trabajo inicia su análisis en el amparo constitucional mexicano para luego ser abordado en el contexto del paradigma constitucional del *suma qamaña* (vivir bien), asumido por la Constitución boliviana de 2009 y que se caracteriza por haber superado la construcción antropocéntrica de derechos y consagrar así a la Madre Tierra, a otros seres sintientes y a las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos (Napioc) como sujetos de derecho. En este escenario, la acción de amparo constitucional, al ser un mecanismo de control tutelar y de convencionalidad, es la vía eficaz para la protección de derechos individuales que –si fuera el caso– deben ser interpretados con enfoque diferencial, de género, intercultural e interseccional, cuando sean amenazados o vulnerados por resoluciones judiciales, actos administrativos, decisiones de las Napioc o particulares.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza la evolución del amparo desde sus raíces mexicanas hasta su diseño y configuración en el modelo constitucional boliviano, que consagra un esquema de derechos basado en el paradigma del *suma qamaña* (vivir bien). De acuerdo con este paradigma, no solo coexisten en igualdad jerárquica los derechos individuales y transindividuales, sino que también todos son directamente

* Investigadora y académica boliviana. Profesora, Universidad Andina Simón Bolívar, Universidad Mayor de San Andrés, Universidad Mayor de San Simón, Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, Universidad Tomás Frías, Universidad Juan Misael Saracho, Universidad Siglo XX, Escuela de Jueces del Estado y Escuela de Fiscales del Estado, entre otras. Exletrada del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. malena_ab@hotmail.com

justiciables a través de las acciones de amparo constitucional, de libertad, de protección de privacidad, de cumplimiento y popular. En este contexto y en el marco del paradigma del *suma qamaña*, la acción de amparo tiene una faceta preventiva y reparadora y se configura como un mecanismo de tutela de derechos individuales, siempre que no estén comprendidos ni en la acción de libertad o en la acción de protección de privacidad, que son los otros dos mecanismos de tutela individual de derechos.

En su faceta reparadora, se configura como un medio eficaz para la tutela de derechos contra resoluciones judiciales, actos administrativos firmes, decisiones de autoridades de las Naciones y Pueblos Indígenas Originarios Campesinos (Napioc) y actos u omisiones de particulares. En cambio, en el paradigma del *suma qamaña*, la acción de cumplimiento es un mecanismo de tutela objetiva de derechos y la acción popular es una herramienta para la tutela de derechos colectivos de las Napioc, así como de derechos transindividuales, verbigracia, los derechos de la Madre Tierra como sujeto de derechos.

En este contexto, en los siguientes acápites se analizará la evolución del amparo constitucional y su potencial tutelar para la eficacia de derechos contenidos en la Constitución y el bloque de constitucionalidad, por lo que se evidenciará que, en un Estado amparado en los principios de plurinacionalidad, pluralismo e interculturalidad, la acción de amparo constitucional es una herramienta emancipadora para la vigencia y ejercicio pleno y sin discriminación de derechos individuales.

II. MÉXICO, EL CRISOL DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

Podría pensarse que los orígenes del juicio de amparo se remontan al *amparamiento colonial* contenido en las Siete Partidas de Alfonso “El Sabio”, que posteriormente fueron recopiladas durante el reinado de Carlos II de Austria y publicadas en la Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias;¹ sin embargo, lo cierto es que el juicio de amparo en su versión mexicana debe contextualizarse en el Estado liberal del siglo XIX. El hito histórico del juicio de amparo se encuentra en la Constitución de Yucatán de 1841, la cual no solo incorporó un catálogo de derechos, sino también, con la influencia del pensamiento de Manuel Crescencio

¹ Hernández Álvarez afirma que en esta recopilación es posible identificar algunos elementos de la figura del “amparamiento castellano”. Hernández Álvarez, Martha María del Carmen, “Influencia del pensamiento de Alexis de Tocqueville en el juicio de amparo mexicano”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, t. 1: *Pasado, presente y futuro*, México, IJ-UNAM, 2017, pp. 115-122, 115.

García Rejón, lo disciplinó como un medio de tutela que, en términos de Rodríguez, estuvo destinado a reparar cualquier afectación producida por el actuar indebido de una autoridad.² García Rejón concibió dos vertientes para el amparo: una como un juicio ante los tribunales de primera instancia, con objeto de proteger las garantías individuales, y otra como un juicio planteado de forma directa ante la Suprema Corte del Estado contra las leyes del Congreso o actos del Poder Ejecutivo que vulneraran el orden constitucional.³

Con la influencia ideológica de Manuel Otero, el amparo fue consignado en los artículos 24 y 25 del Acta Constitutiva y de Reformas de 18 de mayo de 1847, promulgada el 21 del mismo mes y año. Luego, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1857 consagró el sistema de libertades⁴ y también, de acuerdo con el artículo 101, su justiciabilidad. Según Aguinaco Bravo,⁵ la Constitución Política de 1857, en su artículo 101, asignó a los tribunales de la Federación la facultad expresa de resolver toda controversia que se suscitara por tres razones específicas: 1) por leyes o actos de cualquier autoridad que violaran las garantías individuales, 2) por leyes o actos de la autoridad federal que vulneraran o restringieran la soberanía de los estados, y 3) por leyes o actos de las autoridades de estos que invadieran la esfera de la autoridad federal. El autor señala también que la citada disposición estableció que estos juicios se seguirían a petición de la parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico que determinara una ley y a través de una sentencia que únicamente se ocupara de individuos particulares a través de una protección en el caso concreto, sin que fuera posible una declaración general respecto de la ley o acto que la motivaba.⁶

Durante la vigencia de esta Constitución se emitieron dos fallos importantes que delimitaron la naturaleza procesal del juicio de amparo constitucional: el

² Rodríguez, Marcos del Rosario, "El juicio de amparo: Origen y evolución hasta la Constitución de 1917. Tres casos paradigmáticos que determinaron su configuración", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, t. 1: *Pasado, presente y futuro*, México, IJ-UNAM, 2017, pp. 123-137, 124.

³ *Ibidem*, p. 125.

⁴ En efecto, esta Constitución, en la sección I, primer título, artículo 1o., reza: "El pueblo Mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución". Luego, desde los artículos 2 al 28, desarrolla los derechos y garantías fundamentales.

⁵ Aguinaco Bravo, Fabián María, "El juicio de amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, t. 1: *Pasado, presente y futuro*, México, IJ-UNAM, 2017, pp. 155-166, 157.

⁶ *Idem*.

caso Justo Prieto (1881) y el caso Miguel Vega (1869). En el primero, se encuentran los antecedentes del control difuso de constitucionalidad en México; en este contexto, en una interpretación progresiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), el juicio de amparo se configuró como una vía tutelar eficaz para la aplicación preferente de la Constitución frente a una ley estatal que vulnera derechos individuales.⁷ Al respecto, el Juez Vallarta señaló:

Pretender que los Tribunales deban obedecer sin discernimiento todas las leyes, aunque alguna les parezca contraria a la Constitución, sería pretender que esa ley fuese superior a la Constitución, y que los jueces no vieran en ésta la ley suprema de la tierra. Esto conduciría a reputar mayor el poder del Congreso que el del pueblo, y a declarar que el capricho de un Congreso [...] podría destruir todo el edificio del Gobierno y las leyes fundamentales en que él está basado.⁸

En el marco de este razonamiento, el meritorio juez Vallarta concluyó con el siguiente entendimiento:

El Poder Judicial, respetable por su independencia, venerable por su sabiduría y gravedad, es el más a propósito para ejercer el alto deber de exponer e interpretar la

⁷ González Oropeza relata el caso que se originó en una detención arbitraria de cinco personas, que eran sirvientes de un hacendado y fueron víctimas de abusos, tratos crueles e inhumanos, lo que ocasionó que abandonaran la hacienda; posteriormente, al ser “sirvientes prófugos del servicio de su amo, a quien deben dinero”, el juez de Hidalgo del Parral los privó de libertad sin auto motivado de prisión y violando varias garantías individuales. Contra esta privación arbitraria de libertad, los presos se quejaron ante el juez de la causa y este escrito de queja fue remitido en consulta al asesor del partido de Hidalgo del Parral, Justo Prieto. En su dictamen, el asesor observó la incompatibilidad de la ley estatal denominada “de sirvientes” con los artículos 14, 24 y 126 de la Constitución y estableció que debe aplicarse con preferencia la Constitución, porque no puede privarse de libertad a las personas por ese tipo de deudas y porque nadie puede ser sometido a trabajos forzados y contra su voluntad. El Tribunal Pleno del estado de Chihuahua y su Primera Sala emitieron los acuerdos del 21 de marzo y de abril de 1881, a través de los cuales se suspendió al asesor Prieto por dos meses en el ejercicio de su empleo y se remitió su caso a la Primera Sala de este Tribunal, la cual declaró la viabilidad de iniciarle causa por el delito de transgresión a la ley estatal debido a su consulta sobre la constitucionalidad de una ley estatal. Además, esta sala remitió la causa a la Sala Segunda, instancia que además le suspendió sus derechos como ciudadano chihuahuense. Contra estas decisiones se activó el pedimento de amparo y el juez de distrito del estado concedió la tutela por inexacta aplicación de la ley penal y por la prohibición de doble sanción por un mismo delito; sin embargo, no lo amparó por la infracción del artículo 126 de la Constitución que consagraba la supremacía constitucional. Justo Prieto acudió ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) pidiendo la aplicación del artículo 196 de la Constitución, tutela que le fue concedida, porque “es intolerable que los jueces presten una ‘obediencia pasiva’ a todas las leyes, ‘sin juzgar ni calificar si son o no conformes a la Constitución’”. González Oropeza, Manuel, “El amparo concedido por la SCJN a Justo Prieto en 1881: Aplicación del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, t. 1: *Pasado, presente y futuro*, México, IJ-UNAM, 2017, pp. 81-114, 82-83 y 107.

⁸ Citado en *ibidem*, 103-104.

Constitución, y juzgar de la validez de las leyes según aquellos principios (*and trying the validity of statutes by that standard*). Por el libre ejercicio de ese deber, los Tribunales [...] pueden proteger a cada uno de los departamentos del Gobierno y a cada miembro de la sociedad, contra las ilegales y destructoras innovaciones de sus derechos constitucionales.⁹

En el segundo caso, referente a Miguel Vega, la SCJN viabilizó la procedencia del amparo en relación con negocios judiciales y, además, de acuerdo con Rodríguez,¹⁰ desarrolló un ejercicio de interpretación jurídica garantizando la supremacía del texto constitucional sobre una norma inferior, a través de la declaración implícita de inconstitucionalidad del artículo 8o. de la Ley de Amparo, cuyo contenido limitaba la eficacia del juicio de amparo y de una tutela efectiva.¹¹

Luego de los hitos constitucionales y la evolución jurisprudencial descrita, es importante situarnos en otro momento histórico importante: el Congreso Constituyente de 1916 y la ulterior aprobación de la Constitución de 1917. En este escenario, en la inauguración del referido congreso constituyente, Venustiano Carranza señaló que, si bien la Constitución de 1857 declaró que los derechos del hombre son la base y objeto de todas las instituciones sociales, empero, omitió otorgar a esos derechos las garantías debidas, las cuales tampoco fueron dadas por las leyes secundarias.¹²

⁹ *Idem*.

¹⁰ Rodríguez, *op. cit.*

¹¹ *Ibidem*, pp. 128 y 136. El caso surgió de un proceso penal en el cual Miguel Vega, juez de letras con asiento en Culiacán, Sinaloa, dictó sentencia el 18 de diciembre de 1868 a través de la cual, en aplicación de la figura de la legítima defensa, impuso una pena de dos meses y medio de prisión, decisión que en apelación fue revocada por el Tribunal Superior de Justicia, instancia que además sancionó al juez Vega suspendiéndolo de su cargo por un año y, adicionalmente, con la de prohibición del ejercicio de la profesión durante un año. A través del amparo, la SCJN lo tuteló señalando que “al salirse de la prescripción legal ha violado clara y terminantemente la garantía consignada en el art. 4o. de la Constitución Federal, según el cual a nadie se puede impedir el ejercicio de su profesión sin ser juzgado y sentenciado en la forma regular, cuando ataca los derechos de tercero, o gubernativamente conforme a la ley, cuando ofende a los de la sociedad”. *Ibidem*, p. 126.

¹² Discurso citado por Aguinaco Bravo, *op. cit.*, p. 160. Este autor señala que, en el marco del triunfo de la Revolución iniciada en 1910, el primero de diciembre de 1916, Venustiano Carranza declaró abierto el periodo de sesiones del Congreso Constituyente. Previo a la entrega del proyecto que iba a discutirse, leyó un informe en donde analizó la función del Poder Judicial y explicó las modificaciones propuestas. Al respecto dijo: “Uno de los anhelos más ardientes y más hondamente sentidos por el pueblo mexicano, es el tener tribunales independientes que hagan efectivas las garantías individuales contra los atentados y excesos de los agentes del poder público y que protejan el goce quieto y pacífico de los derechos civiles de que han carecido hasta hoy”. *Idem*. Véase también López Bárcenas, Francisco, “Los pueblos indígenas en las constituciones de México”, *Argumentos. Estudios Críticos de la Sociedad*, Xochimilco, Universidad Autónoma Metropolitana, vol. 29, núm. 82, septiembre-diciembre de 2016, pp. 161-180, quien relata el proceso revolucionario iniciado en 1910 y las reivindicaciones en cuanto a los derechos a la territorialidad sustentadas por Emiliano Zapata.

Es así que la Constitución de 1917 disciplinó en los artículos 103 y 107 el amparo como un mecanismo tutelar.¹³ Al respecto, Aguinaco Bravo señala que el artículo 107 de esta Constitución estructuró la vía jurisdiccional del amparo en dos procedimientos: el amparo biinstancial o indirecto, ante el juez de distrito bajo cuya jurisdicción esté el lugar en que el acto reclamado se ejecutó o trató de ejecutarse y que en revisión sería conocido por la Suprema Corte, y el juicio directo de amparo en única instancia ante la Suprema Corte.¹⁴

En este tránsito, es esencial considerar la trascendental reforma constitucional mexicana de 2011 que, a partir de la modificación del artículo 1o., aseguró el ejercicio del control de convencionalidad y la aplicación directa y preferente en el ámbito interno del derecho internacional de los derechos humanos a la luz del principio de favorabilidad.¹⁵ Además, según Aguinaco Bravo, la reforma de este primer artículo coincidió con el sentido de las reformas de 6 y 10 de junio de ese año a los artículos 103 y 107 de la Constitución y la posterior aprobación de la Ley de Amparo de 2 de abril de 2013, reformas que, en términos del referido autor, “estructuran y dan forma al juicio de amparo como un mecanismo de garantía constitucional de carácter jurisdiccional de los derechos humanos”.¹⁶

Como se evidenció hasta este punto, México fue el crisol del amparo constitucional y tuvo un importante avance en el ámbito interno hasta su consolidación

¹³ El artículo 103 señala que “los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales” y el artículo 107 establece que “todas las controversias de que hable el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley”.

Bravo, *op. cit.*, p. 161.

¹⁵ Al respecto, Aguinaco Bravo señala que, a partir de la reforma constitucional, que comprende el artículo 1o., se plantea el nuevo paradigma que determina el objeto de protección: Los derechos humanos de todas las personas, así como las garantías para su protección. *Ibidem*, p. 164. Vázquez también explica los alcances de la reforma al artículo 1o. de la Constitución. Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, IJ-UNAM, 2018, p. 10.

¹⁶ Bravo, *op. cit.*, p. 164. Aguinaco y Contreras Bustamante señalan que entre los cambios más importantes puede destacarse la procedencia del juicio de amparo no solo contra normas y actos de las autoridades que violen derechos humanos, sino también contra omisiones. Asimismo, refieren que se amplía el concepto de autoridad responsable y se viabiliza la activación de este mecanismo tutelar por afectación de un interés legítimo individual o colectivo, excepto cuando se trate de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo. También se establece la legitimación pasiva a los particulares cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad. Se disciplinan también las reglas del amparo adhesivo, la declaratoria general de inconstitucionalidad, entre otros aspectos relevantes. Bravo, *op. cit.*, p. 165; y Contreras Bustamante, Raúl, “Retos del amparo mexicano en el contexto del centenario de la Constitución Federal de 1917”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, t. 1: *Pasado, presente y futuro*, México, IJ-UNAM, 2017, pp. 187-200, 194.

como herramienta de control tutelar de derechos humanos. En este marco, por la relevancia que adquiere este mecanismo, es esencial analizar las variaciones y tipologías asumidas en su expansión a toda Latinoamérica. Por esa razón, en los siguientes acápites, de manera específica, se abordará su diseño constitucional en el caso boliviano y a la luz del paradigma del *suma qamaña* asumido por la Constitución de 2009.

III. LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN EL PARADIGMA DEL SUMA QAMAÑA

El amparo constitucional se expandió a Latinoamérica y, en el caso boliviano, fue asumido por primera vez en la Constitución de 1967.¹⁷ El artículo 19 de la referida norma suprema lo reguló como un procedimiento jurisdiccional tutelar de naturaleza sumarísima y subsidiaria, es decir, que solo procede cuando se agotan las vías procesales de defensa. De acuerdo con estas características procesales, el amparo constitucional fue diseñado para proteger derechos individuales, cuando estos sean restringidos, suprimidos o exista una amenaza para su restricción o supresión por actos u omisiones de servidores públicos o particulares, excepto en relación con el derecho a la libertad física, por estar protegido por el *habeas corpus*.¹⁸

Posteriormente, con la influencia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se instauró el periodo del pluriculturalismo con la aprobación de la Constitución de 1994.¹⁹ Es así que esta Constitución, en la parte dogmática, reconoció derechos individuales,²⁰ así como garantías jurisdiccionales,

¹⁷ Esta Constitución fue aprobada por el general René Barrientos Ortuño en un contexto de constitucionalismo social, el cual se inauguró en Bolivia con la Constitución de Germán Busch de 1938.

¹⁸ El artículo 19 de esta Constitución, al margen de establecer el ámbito de protección del amparo constitucional, reguló su procedimiento. En ese sentido, estableció que el recurso de amparo se interpondrá por la persona que se creyere agraviada o por otra a su nombre con poder suficiente ante las cortes superiores en las capitales de departamento y ante los jueces de partido en las provincias. Señaló también que la autoridad o la persona demandada será citada a objeto de que preste información y presente, en su caso, los actuados concernientes al hecho denunciado, en el plazo máximo de 48 horas. La resolución final se pronunciará en audiencia pública inmediatamente de recibida la información del denunciado y, a falta de ella, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca el recurrente. De acuerdo con esta decisión, la resolución será elevada de oficio ante la Corte Suprema de Justicia para su revisión, en el plazo de 24 horas. Esta disposición constitucional establece también que las determinaciones previas de la autoridad judicial y la decisión final que conceda el amparo serán ejecutadas inmediatamente y sin observación.

¹⁹ Esta Constitución fue promulgada por Gonzalo Sánchez de Lozada. Su artículo 1o. reza: "Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la unidad y la solidaridad de todos los bolivianos".

²⁰ De manera específica, el artículo 7o. reguló los derechos individuales, los cuales ingresaban en el ámbito de protección del recurso de amparo constitucional. Por el contrario, los derechos

como la acción de amparo constitucional disciplinada en su artículo 19, la cual mantuvo el contenido del amparo regulado en la abrogada norma constitucional de 1976,²¹ con la diferencia de que su conocimiento en revisión estuvo encomendado al Tribunal Constitucional, en el marco de la adopción de un sistema jurisdiccional preminentemente concentrado de control de constitucionalidad.²²

Luego, el 2006 se inició un importante proceso constituyente que concluyó con la Constitución de 2009, que moldeó los pilares constitucionales del Estado Plurinacional de Bolivia²³ e inauguró la era del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador.²⁴ Desde este periodo del constitucionalismo boliviano, con la finalidad de contextualizar el diseño procesal de la ahora acción de amparo constitucional, es pertinente recordar sus tres rasgos o características esenciales: 1) el diseño del esquema de derechos y su justiciabilidad en clave de plurinacionalidad, pluralismo e interculturalidad, 2) el modelo argumentativo y las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos,²⁵ y 3) el sistema

económicos sociales y culturales no se consideraban directamente justiciables a través de este mecanismo tutelar, por lo que se encontraban regulados en la última parte de la Constitución referente a los regímenes especiales.

²¹ Esta Constitución además mantuvo la redacción del *habeas corpus*, consignado también en la Constitución abrogada, y en virtud a una reforma parcial a la Constitución, realizada el año 2004, se introdujo el *habeas data* como otro mecanismo tutelar.

²² La Constitución de 1994 asume un sistema preminentemente concentrado de control de constitucionalidad encomendado al Tribunal Constitucional su rol de último y máximo garante de la Constitución. El artículo 120 reguló las siguientes atribuciones a esta instancia de control de constitucionalidad: los recursos de inconstitucionalidad abstracto y concreto; los conflictos de competencias y controversias entre los Poderes Públicos, la Corte Nacional Electoral, los departamentos y los municipios; las impugnaciones del Poder Ejecutivo a las resoluciones camarales, prefecturales y municipales; los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones; los recursos contra resoluciones del Poder Legislativo o una de sus cámaras; el recurso directo de nulidad; la revisión de los recursos de amparo constitucional y *habeas corpus* (por la reforma constitucional de 2004 la reforma del recurso de *habeas data*); las consultas normativas previas; la consulta sobre la constitucionalidad de tratados o convenios internacionales; y las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución. Es importante destacar también que esta Constitución, al margen de asumir un sistema preminentemente concentrado de control de constitucionalidad, también reguló al Defensor del Pueblo, con un mandato constitucional en virtud del cual está encargado de velar por la vigencia y el cumplimiento de los derechos y garantías de las personas en relación con la actividad administrativa de todo el sector público y con atribuciones específicas para velar por la defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos (art. 127).

²³ El proceso constituyente boliviano ha sido analizado por Schavelzon, Salvador, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, La Paz, Plural, 2012, pp. 103-105.

²⁴ El constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador fue desarrollado por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) en la Declaración Constitucional Plurinacional (DCP) 0030/2014 de 28 de mayo.

²⁵ La Constitución asume un modelo argumentativo basado en derechos humanos, por lo que el texto establece pautas o criterios de interpretación de derechos contenidos en los artículos 8, 13.I y IV, 109.I, 14.II, 113, 256 y 410, de la Constitución boliviana de 2009.

plural de control de constitucionalidad a la luz de un modelo polifónico de justicia constitucional.²⁶ Por el objeto de este trabajo, el análisis se circunscribirá al primer componente.

En efecto, de acuerdo con lo anotado, en cuanto al *diseño del esquema de derechos y su justiciabilidad*, es importante establecer que el artículo 109.I de la Constitución de 2009, consagra los tres grandes principios del constitucionalismo boliviano: la igualdad jerárquica de derechos, su aplicación directa y su justiciabilidad a través de mecanismos de control tutelar. En este contexto, la igualdad jerárquica de derechos contenidos en la Constitución y el bloque de constitucionalidad implica que estos, incluidos los económicos, sociales y culturales, son de aplicación directa, es decir, que para su materialización no necesitan ley de desarrollo y, en caso de existir una ley, esta debe ser interpretada de conformidad con la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

Además, la igualdad jerárquica de derechos debe ser entendida en clave de plurinacionalidad, pluralismo jurídico igualitario e interculturalidad,²⁷ por tanto, debe ser analizada en el marco del paradigma del *suma qamaña*, el cual supera la construcción antropocéntrica de derechos. En consecuencia, desde esta visión, coexisten los derechos individuales con los derechos transindividuales, entre ellos, los derechos de la Madre Tierra, como sujeto de derechos y no como objeto de protección; así como los derechos de los seres sintientes, que también son titulares de derechos en el contexto de este paradigma.²⁸ Estos derechos transindividuales

²⁶ La Constitución Boliviana asumió un sistema plural de control de constitucionalidad, el cual fue desarrollado por la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0050/2019 de 12 de septiembre. Desarrollo los modelos polifónicos de justicia constitucional a la luz del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador en Attard Bellido, María Elena, "Un mate de coca y unas breves reflexiones dialógicas entre la diosa Themis y Mama Ocllo. ¿Es el Tribunal Constitucional Plurinacional un modelo polifónico de justicia constitucional?", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2019*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, núm. 25, 2019, pp. 397-409.

²⁷ Desarrollo los principios de plurinacionalidad, pluralismo e interculturalidad en Attard Bellido, María Elena, "Entre la diosa Themis y Mama Ocllo: la propuesta de argumentación jurídica plural desde la filosofía intercultural andina de la Chakana", *Diálogo de Saberes*, Bogotá, Universidad Libre, núm. 50, 2019, pp. 79-100). Asimismo, de manera específica, se desarrolla el pluralismo jurídico igualitario en Yrigoyen Fajardo, Raquel, "Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena", en Aherens, H. (comp.), *El Estado de Derecho hoy en América Latina. Libro en homenaje a Horst Schönbohm*, Asunción: Fundación Konrad Adenauer, 2012, pp. 7-8.

²⁸ Se desarrollan los fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos en Martínez Dalamu, Rubén, "Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos", en Estupiñán Achury, Liliana, Storini, Claudia, Martínez Dalmáu, Rubén y Carvalho Dantas, Fernando Antonio de (eds.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Bogotá, Universidad Libre, 2019, pp. 31-47.

contienen también los derechos colectivos de las Napioc,²⁹ entre ellos, la libre determinación, la identidad cultural, la territorialidad o la consulta previa,³⁰ más otros derechos concebidos en una dimensión difusa.³¹

Esta igualdad jerárquica enmarcada en el paradigma del *suma qamaña* conlleva la aplicación directa de derechos y su directa justiciabilidad a través de mecanismos de control tutelar, por lo que, a la luz de este paradigma, es evidente que el original diseño del amparo constitucional mexicano ha tenido una mutación importante en cuanto a su alcance e ingeniería procesal en el contexto de un Estado plurinacional como el boliviano. En efecto, desde el diseño constitucional del artículo 109 de la Constitución boliviana de 2009 y en el marco del paradigma del *suma qamaña*, la justiciabilidad de derechos se circunscribe a cinco mecanismos de control tutelar: la acción de amparo constitucional, la acción de libertad, la acción de protección de privacidad, la acción de cumplimiento y la acción popular.

La acción de amparo constitucional, la acción de libertad y la acción de protección de privacidad son mecanismos de tutela constitucional para la defensa y protección de derechos individuales; por su parte, la acción de cumplimiento es un mecanismo de tutela objetiva de derechos³² y la acción popular es un mecanismo de tutela de derechos con incidencia colectiva, es decir, que en su ámbito de protección se encuentran los derechos colectivos de las Napioc, los derechos de la Madre Tierra, los derechos de todo ser sintiente y otros derechos en su dimensión difusa, como la salubridad pública, la seguridad pública, y derechos de usuarias, usuarios, consumidoras o consumidores, entre otros.³³

²⁹ La Constitución boliviana utiliza el término naciones y pueblos indígenas originarios campesinos para incluir a pueblos de tierras altas, bajas y de los valles o zonas intermedias. Este término fue desarrollado por el TCP en la SCP 1422/2012 de 24 de septiembre.

³⁰ Estos derechos están descritos en el marco de un catálogo abierto en el artículo 30 de la Constitución.

³¹ Por ejemplo, la salubridad pública, la seguridad pública, la democracia, la paz, el espacio público y los derechos de usuarias, usuarios, consumidoras y consumidores son concebidos como derechos transindividuales en el esquema del paradigma del vivir bien y coexisten con los derechos individuales en igualdad jerárquica.

³² El artículo 64 del Código Procesal Constitucional (CPCo) señala que la acción de cumplimiento tiene por objeto garantizar la ejecución de una norma constitucional o legal, cuando es omitida por parte de servidoras o servidores públicos u órganos del Estado. El TCP, a través de la SCP 0862/2012 de 20 de agosto estableció que la acción de cumplimiento es un mecanismo de tutela objetiva de derechos.

³³ El ámbito de protección de la acción popular ha sido desarrollado por las sentencias SCP 1018/2011-R de 22 de junio, 0778/2014 de 21 de abril y 707/2018-S2 de 31 de octubre, entre otras. Desarrolló todos los aspectos procesales de la acción popular en Attard Bellido, María Elena, "Un café, escenario propicio para unas breves reflexiones dialógicas entre Mama Ocllo y la Diosa Temis sobre la acción popular a los diez años años de vigencia de la Constitución boliviana", en *Diez años de la Constitución boliviana*, La Paz, Kipus, 2020, pp. 31-57.

Entonces, de acuerdo a lo anotado, la acción de amparo constitucional, en el diseño boliviano, tutela derechos en su dimensión individual, salvo los derechos individuales tutelados por la acción de libertad o la acción de protección de privacidad.³⁴ Así, es importante destacar que los derechos que en su dimensión individual son protegidos por la acción de amparo constitucional deben interpretarse a la luz de la doctrina del bloque de constitucionalidad, la cual fue desarrollada por el máximo contralor de constitucionalidad en la Sentencia Constitucional (SC) 0110/2010-R de 10 de mayo. En este contexto, los derechos se interpretan no solo de acuerdo con su regulación en la Constitución, sino también de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos y en armonía con los estándares internacionales que pueden emanar tanto del sistema interamericano como universal de protección de derechos humanos.³⁵

Asimismo, en coherencia con la doctrina del bloque de constitucionalidad, a través de la acción de amparo constitucional debe ejercerse control de convencionalidad, es decir que, para tutelar un derecho individual, debe considerarse la interpretación que sea más favorable y compatible con la progresividad del derecho en el derecho internacional de los derechos humanos; por tanto, si existe una incompatibilidad o una previsión regresiva del derecho en relación con un estándar contenido en el bloque de constitucionalidad, a través del amparo constitucional, debe aplicarse –con preferencia por la norma o precedente interno– el estándar internacional que sea más favorable y compatible con el referido principio de progresividad.³⁶

En el marco de la igualdad jerárquica que estructura el paradigma del *suma qamaña*, la acción de amparo constitucional puede conllevar problemas jurídicos vinculados a la colisión de derechos; en tal caso, deberá realizarse una ponderación intercultural de derechos, como la que realizó el Tribunal Constitucional

³⁴ La tipología de la acción de libertad ha sido desarrollada por el TCP en las sentencias SCP 0044/20101-R de 20 de abril y 1156/2013 de 26 de julio.

³⁵ Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su rol contencioso e interpretativo ha emitido importantes estándares internacionales en derechos humanos, los cuales forman parte del bloque de constitucionalidad. Asimismo, el TCP, en la SC 0061/2010-R de 27 de abril ha señalado que los principios, reglas y otros considerados como *soft law* serán parámetros interpretativos del bloque de constitucionalidad.

³⁶ La doctrina del control de convencionalidad fue desarrollada por la Corte IDH, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154. Luego, la Corte IDH estableció que el control de convencionalidad debe realizarse de oficio en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, No. 158. Finalmente, la Corte IDH determinó que los jueces y toda autoridad pública deben ejercer el control de convencionalidad en el caso *Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221.

Plurinacional (TCP) en la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 2114/2013 de 21 de noviembre.

En la referida sentencia, el TCP, para analizar una denuncia vinculada al ejercicio de derechos políticos de una autoridad electa en un municipio en el cual tiene una existencia ancestral un pueblo indígena, ponderó interculturalmente un derecho individual que entró en colisión con derechos colectivos, es decir, ponderó el principio de legalidad con los derechos a la libre determinación de los pueblos indígenas y al ejercicio de sus sistemas políticos en el marco de la democracia comunitaria. Luego de una argumentación jurídica ceñida a los principios de plurinacionalidad, pluralismo e interculturalidad, hizo prevalecer la democracia comunitaria y el ejercicio de los sistemas políticos del pueblo indígena.³⁷

Asimismo, en el marco del paradigma del *suma qamaña*, la acción de amparo constitucional es un mecanismo de tutela de derechos que deben ser interpretados y garantizados de acuerdo con el principio de igualdad sustantiva y no únicamente desde una perspectiva de igualdad formal. Entonces, por lo anotado, dentro de la especificidad del derecho internacional de los derechos humanos³⁸ y en coherencia con los principios de plurinacionalidad, pluralismo e interculturalidad, a través de la acción de amparo constitucional deben aplicarse los enfoques de género, diferencial, de interculturalidad y de interseccionalidad, para así

³⁷ En este caso, la comunidad indígena de Chuquiuta en el departamento de Potosí, a través de sus normas y procedimientos y en el ejercicio de sus sistemas políticos y su libre determinación, eligió a sus representantes y acordó aplicar las reglas comunitarias de rotación. Así que mediante cabildo eligió a Nicasio Acero Anguela para que se presentara a la elección por voto popular para ocupar el cargo de concejal municipal y decidió también que luego, a la mitad del mandato establecido por la ley, en el marco de la rotación, debía ceder el cargo al otro miembro de la comunidad electo a través de normas y procedimientos propios. Nicasio Acero Anguela se presentó a las elecciones y mediante sufragio universal fue electo concejal municipal del Gobierno Autónomo Municipal Indígena de Chuquiuta por un periodo de cinco años establecido por la norma electoral. Luego de los dos años y medio de gestión, la comunidad exigió su renuncia, pero el concejal alegó que la norma electoral lo protegía, porque su periodo era de cinco años, y que no podría acortarse su mandato pues se afectarían sus derechos políticos. El TCP entendió que en el caso concreto existía un conflicto con la ley como fuente directa de derecho que protege los derechos políticos de los servidores públicos electos para que cumplan su mandato; sin embargo, estableció también que en el Estado Plurinacional de Bolivia, a la luz del pluralismo jurídico igualitario, los sistemas políticos y las normas y procedimientos de los pueblos indígenas también son fuente directa de derechos y, por tanto, en el marco de una ponderación intercultural estableció que debía prevalecer la democracia comunitaria y el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, por lo que había que respetarse los acuerdos de gestión asumidos en el marco de sus sistemas jurídicos y sus normas y procedimientos propios.

³⁸ Este fenómeno se evidencia en el sistema universal de protección de derechos humanos a partir de la vigencia de instrumentos internacionales como la Convención de Derechos del Niño (CDN) o la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw); y en el sistema interamericano por la vigencia de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), entre otros instrumentos que asumen el enfoque diferencial y de género.

consagrar la igualdad sustantiva de manera tal que se supere todo obstáculo de hecho o de derecho que pueda impedir el pleno ejercicio de derechos.³⁹

En ese sentido, debe resaltarse que el enfoque de género es un método del derecho destinado a identificar las situaciones estructurales de discriminación, desventaja o asimetría por razón de género y que también obliga a identificar la particular situación de discriminación, desventaja o vulnerabilidad de una persona por cuestiones de género.⁴⁰ Por su parte, el enfoque diferencial está destinado a identificar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad, migrantes, privadas o privados de libertad, entre otros, para así brindarles una protección reforzada coherente con la igualdad sustantiva. Asimismo, el enfoque de interculturalidad es un método destinado a interpretar los derechos considerando la diversidad cultural y la vigencia de un pluralismo jurídico igualitario, para así erradicar interpretaciones homogeneizantes del derecho que no siempre son armónicas con la igualdad sustantiva.

Finalmente, a la luz del paradigma del *suma qamaña*, es importante establecer que, a través de la acción de amparo constitucional, la tutela del derecho comprende también la reparación integral de daños que debe ser establecida en este proceso de naturaleza tutelar. En este sentido, la reparación de daños de acuerdo con los estándares internacionales emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) comprende los siguientes aspectos: 1) restitución del derecho; 2) indemnización por daño material, que comprende el daño emergente, el lucro cesante y las costas procesales; 3) indemnización por daño inmaterial, que a su vez comprende el daño moral, el daño familiar y el daño al proyecto de vida; 4) medidas de satisfacción, que son una forma de reparación moral de daños, por ejemplo a través de actos públicos de reconocimiento de responsabilidad; 5) medidas de rehabilitación, como por ejemplo terapias para las víctimas; y 6) garantías de no repetición, que implican medidas a ser ordenadas para evitar más vulneraciones de los derechos tutelados por la acción de amparo constitucional.⁴¹

³⁹ Estos enfoques tienen fundamento en los artículos 14.II y 256 de la Constitución boliviana de 2009.

⁴⁰ En el caso boliviano, el Tribunal Supremo de Justicia, el año 2017, aprobó el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, La Paz, Ministerio de Justicia, Oficina del Alto Comisionado, Naciones Unidas, Derechos Humanos, el cual explica los fundamentos teóricos del género y los criterios para juzgar con perspectiva de género.

⁴¹ El TCP, en la sentencia SCP 0019/2018-S2 ejerció control de convencionalidad en relación con el artículo 39 del CPCo y aplicó de manera directa y preferente los estándares de la Corte IDH en cuanto a reparación integral de daños.

Como puede advertirse, la acción de amparo constitucional tiene una importancia capital en la tutela de derechos individuales contenidos en el paradigma del *suma qamaña* y, sin duda, es una herramienta de defensa de derechos esencial para asegurar la vigencia de un Estado constitucional plurinacional de derechos. Por esas razones, en coherencia con una razonable pedagogía constitucional, en los siguientes acápites se desarrollará su tipología y algunos aspectos procesales esenciales.

IV. LA TIPOLOGÍA DE LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL

La tipología de la acción de amparo constitucional es una metodología de pedagogía constitucional destinada a identificar los rasgos procesales, requisitos formales, causales de improcedencia reglada y autorrestricciones jurisprudenciales establecidas para esta acción tutelar, de manera tal que su activación no encuentre obstáculos procesales que impidan el análisis de los problemas sustantivos que plantee el caso concreto.

En este enfoque, en el marco del paradigma del *suma qamaña*, la acción de amparo constitucional asume una doble tipología como instancia reparadora y preventiva, que en los siguientes párrafos serán desarrolladas tomando en cuenta no solo el diseño constitucional y normativo vigente,⁴² sino también la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, para así identificar sus rasgos y presupuestos procesales más relevantes.

En este sentido, es importante destacar que la doctrina del estándar jurisprudencial más alto fue desarrollada por el TCP en la SCP 2233/2013 de 16 de diciembre, por lo que, en virtud de los principios de progresividad y prohibición de regresividad, si el máximo garante del control de constitucionalidad ha realizado una interpretación extensiva a un derecho, en el futuro no lo puede interpretar de manera restrictiva o regresiva, por lo cual el precedente en vigor –que en un sistema plural de fuentes jurídicas será fuente directa de derechos– será el entendimiento más favorable y no necesariamente el último.

Entonces, en materia de jurisprudencia vinculada a derechos humanos, el precedente en vigor está condicionado por el principio de favorabilidad y no así por el principio de temporalidad, por lo que, en caso de existir dos entendimientos jurisprudenciales contradictorios, el precedente en vigor que generará efectos

⁴² La acción de amparo constitucional está regulada por los artículos 128 y 129 de la Constitución boliviana de 2009, y consignada en el Código Procesal Constitucional (CPCo), promulgado el 5 de julio de 2012 (arts. 51-57).

vinculantes para casos futuros que planteen el mismo problema jurídico será el más favorable, aunque no sea el último, lo que significa que los cambios regresivos de razonamientos jurisprudenciales son criterios aislados y jamás serán precedentes en vigor ni fuente directa de derecho.

De acuerdo con lo señalado y en el marco de la doctrina de los estándares jurisprudenciales más altos que moldearon los alcances procesales de la acción de amparo constitucional, es importante resaltar que este mecanismo, en su faceta reparadora, protege a las personas naturales o jurídicas frente a actos u omisiones de servidoras o servidores públicos y también de particulares que vulneren derechos comprendidos en la Constitución y el bloque de constitucionalidad, siempre que estos no estén en el ámbito de protección de las acciones de libertad, protección de privacidad, cumplimiento y popular. En el contexto precisado y de acuerdo con el estándar jurisprudencial más alto, puede colegirse que la acción de amparo constitucional reparadora tiene cuatro variantes específicas: 1) el amparo contra sentencias judiciales 2) el amparo contra actos administrativos, 3) el amparo contra decisiones de autoridades de las Napioc y 4) el amparo contra particulares.

El amparo contra sentencias judiciales, agotados los mecanismos intraprocesales de defensa, procede contra cualquier decisión judicial definitiva que vulnere derechos contenidos en la Constitución y el bloque de constitucionalidad. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que las sentencias judiciales que vulneren derechos fundamentales no adquieren calidad de cosa juzgada, por lo que el control tutelar a través de la acción de amparo constitucional tiene la finalidad de restituir los derechos afectados por vía judicial ordinaria.⁴³ Por su parte, la acción de amparo reparadora procede también contra actos administrativos firmes, cuando estos, por acción u omisión, vulneren derechos de personas naturales o jurídicas contenidos en la Constitución y el bloque de constitucionalidad. En este contexto, es importante precisar que un acto administrativo adquiere firmeza cuando se agotan los recursos administrativos, como ser el recurso de revocatoria o jerárquico.⁴⁴

Asimismo, de acuerdo con el derecho a la libre determinación y al ejercicio de los sistemas jurídicos de las Napioc, las decisiones que en el ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina sean asumidas por autoridades indígenas

⁴³ El máximo contralor de constitucionalidad desarrolló el amparo constitucional contra sentencias judiciales en las sentencias constitucionales 111/99 de 6 de septiembre y 668/2010-R de 19 de julio, entre otras.

⁴⁴ Los recursos de revocatoria y jerárquico en el ámbito administrativo están regulados por la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA) de 23 de abril de 2002.

originarias campesinas y que pudieran afectar derechos de los miembros de la comunidad o de terceros sometidos a esta jurisdicción, tácita o expresamente,⁴⁵ podrán ser cuestionadas a través de la acción de amparo constitucional reparadora. En relación con la acción de amparo constitucional contra decisiones de autoridades de las Napioc, es importante resaltar que las autoridades que conozcan el amparo en primera instancia y el Tribunal Constitucional Plurinacional en revisión deben aplicar enfoques interculturales de interpretación de derechos y, en ese marco, el máximo contralor de constitucionalidad ha establecido un estándar jurisprudencial más alto en cuanto a una pauta intercultural de interpretación de derechos: *el paradigma del vivir bien*.

El paradigma del vivir bien, como pauta intercultural de interpretación de derechos, supera la concepción única y absoluta del principio de universalidad de derechos y más bien invita a aplicar mecanismos dialógicos de interpretación de derechos, como ser los diálogos interjurisdiccionales, interculturales y peritajes antropológico-culturales, para así realizar procesos de traducción y entendimiento intercultural destinados a una construcción plural de derechos.⁴⁶ En estos procesos dialógicos debe analizarse la compatibilidad de la decisión con principios, valores, cosmovisiones, normas y procedimientos de las Napioc, los cuales son fuente directa de derecho, de acuerdo con el pluralismo jurídico igualitario imperante en el modelo constitucional boliviano. Asimismo, el análisis implica una labor de verificación de compatibilidad de la decisión con valores y principios plurales de rango constitucional.⁴⁷

Del mismo modo, la acción de amparo constitucional reparadora procede también contra particulares en el marco de la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos, los cuales no son exigibles en relación únicamente con el Estado en todos sus niveles de organización territorial, sino también con particulares, se trate de personas naturales o jurídicas.⁴⁸

⁴⁵ La SCP 0026/2013 de 15 de enero establece que se someten a la jurisdicción indígena los miembros de la comunidad y también terceros de manera tácita –por ejemplo, a través de explotación de recursos en su territorio– o expresa.

⁴⁶ Para la realización de diálogos interculturales, interjurisdiccionales e interseccionales es esencial una composición plural del TCP. Véase Attard Bellido, “Un café”, *cit*. En este marco, también he sustentado una crítica académica, por la ausencia de composición plural en esta instancia. Véase Attard Bellido, “La promesa constitucional mutilada”, *cit*.

⁴⁷ El paradigma del vivir bien fue desarrollado por el TCP por primera vez en la sentencia SCP 1422/2012 de 24 de septiembre; luego, esta decisión fue modulada por la sentencia SCP 0778/2014 de 21 de abril y finalmente la línea jurisprudencial fue sistematizada por la SCP 0481/2019-S2 de 9 de julio.

⁴⁸ La sentencia SCP 0085/2012 de 16 de abril desarrolló la doctrina de la eficacia horizontal de derechos.

Finalmente, es importante señalar que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 54 del Código Procesal Constitucional (CPCo), la acción de amparo constitucional en su faceta preventiva procederá en casos en los cuales la protección pueda resultar tardía o cuando exista la inminencia de un daño irremediable e irreparable a producirse de no otorgarse la tutela. En estos casos, no será necesario agotar la vía intraprocesal de defensa y la tutela tendrá un carácter transitorio y provisional.

V. RASGOS PROCESALES MÁS IMPORTANTES

En el contexto del paradigma del *suma qamaña*, dentro del cual se aborda la acción de amparo constitucional, en este acápite se precisarán algunos criterios procesales relevantes para su tipología reparadora. Con este fin, se hará una diferenciación entre los requisitos de forma, las causales de improcedencia reglada y las autorrestricciones jurisprudenciales establecidas tanto por el CPCo como por la jurisprudencia constitucional. De acuerdo con lo anotado, cabe precisar que la acción de amparo constitucional reparadora tiene una primera fase procesal de admisibilidad, la cual concluye con el auto de admisión.⁴⁹ En esta fase, tal como lo entendió la SCP 0030/2013 de 4 de enero, las autoridades jurisdiccionales que conozcan esta acción tutelar deben analizar los requisitos de forma y verificar que no existan causales de improcedencia reglada.

Los requisitos de forma están disciplinados en el artículo 33 del CPCo y vinculados al deber de identificación tanto de la parte accionante como de la parte demandada y de los terceros interesados, si fuera el caso. Asimismo, estos requisitos de forma exigen a la parte accionante el deber de precisión sobre los hechos y la identificación clara de los derechos denunciados como afectados y del petitorio.⁵⁰ Por su parte, las causales de improcedencia reglada son presupuestos que evitan que el análisis de la acción pase a la siguiente fase procesal y se encuentran regulados por los artículos 53 a 55 del CPCo. Si existe una causal de improcedencia reglada, el juez o tribunal de garantías debe emitir el auto motivado de improcedencia.⁵¹

⁴⁹ El auto de admisión es un acto procesal que abre la fase de audiencia pública y debate. En esta providencia debe señalarse el día y hora de audiencia y la citación a la parte demandada y a los terceros interesados, si fuera el caso.

⁵⁰ Estos requisitos de forma se caracterizan por su carácter subsanable en un plazo de tres días, vencido el cual, de no ser subsanados, se tendrá por no presentada la acción.

⁵¹ Contra el auto motivado de improcedencia, tal como lo establece el artículo 30 del CPCo, la parte accionante puede impugnar. Esta impugnación será conocida por la Comisión de Admisión del TCP y a través de un auto constitucional se confirmará el auto motivado de improcedencia

Entre las causales de improcedencia reglada están las reglas y subreglas de subsidiariedad, es decir, que antes de activar la acción deben agotarse los mecanismos intraprocesales de defensa, salvo que la acción sea promovida por personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria o en casos de vías de hecho, supuestos en los cuales tiene una presentación directa, por lo que no es necesario agotarlos previamente.⁵² Otra causal de improcedencia reglada se refiere al plazo de caducidad, así que la acción de amparo debe ser presentada en un plazo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de conocido el hecho. Cuando se trate de sentencias judiciales o actos administrativos, los seis meses se computarán desde que se notifica con la última decisión que agota la vía.

Los actos consentidos y la cesación de los efectos del acto denunciado como lesivo son también causales de improcedencia reglada de la acción de amparo constitucional reparadora. En el primer caso, la jurisprudencia constitucional ha entendido que el acto consentido debe ser manifiesto y no puede ser una inferencia subjetiva de la autoridad que ejerce control tutelar de constitucionalidad.⁵³ En relación con la cesación de los efectos del acto denunciado como lesivo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, para invocar esta causal de improcedencia reglada, la restitución del derecho debe realizarse antes de la citación con el auto de admisión de la acción de amparo, siempre y cuando dicha restitución sea de conocimiento de la parte accionante y se haya reparado integralmente el daño.

Las denuncias a través de la acción de amparo constitucional referentes a la vulneración de derechos protegidos por la acción de libertad, de cumplimiento o popular son otra causal de improcedencia reglada, salvo la aplicación de la reconducción procesal, que es una figura disciplinada por la jurisprudencia constitucional con sustento en los principios del *iura novit curia* y de prevalencia de la justicia constitucional. En virtud a la referida figura, la autoridad que ejerce control tutelar de constitucionalidad, en vez de emitir el auto motivado de improcedencia, le brinda de oficio a la acción el trámite procesal pertinente; por ejemplo, si la denuncia versara sobre la vulneración de derechos colectivos de las

o se lo revocará, supuesto en el cual los jueces o tribunales de garantías deben emitir auto de admisión.

⁵² La sentencia SCP 0616/2018-S2 de 8 de octubre sistematiza la presentación directa de la acción de amparo constitucional para grupos de atención prioritaria. Por su parte, la SCP 0998/2012 de 5 de septiembre establece la presentación directa de la acción en caso de vías o medidas de hecho.

⁵³ En esta línea es importante resaltar que en materia laboral no pueden existir actos consentidos, así lo estableció el estándar jurisprudencial más alto contenido en la sentencia SCP 0222/2012 de 24 de mayo.

Napioc, la reconduce procesalmente y de oficio a una acción popular y resuelve la petición no como amparo constitucional, sino como acción popular.⁵⁴

Por su parte, las autorrestricciones jurisprudenciales son analizadas en fase de audiencia pública y son obstáculos procesales que hacen que la tutela sea denegada sin ingresar al análisis de los problemas sustantivos que se plantea en la acción de amparo constitucional. Entre estas se tiene la valoración de la prueba, autorrestricción jurisprudencial a partir de la cual los únicos que pueden realizar valoración probatoria son los jueces ordinarios o administrativos, por lo que a través de este mecanismo no se puede valorar prueba; sin embargo, excepcionalmente, el control tutelar analizará la valoración de la prueba frente a omisiones valoratorias de los jueces ordinarios o autoridades administrativas cuando se afecten los cánones constitucionales de razonabilidad, proporcionalidad, objetividad o equidad.⁵⁵

Otra autorrestricción jurisprudencial está referida a la cosa juzgada constitucional, por lo que, una vez pronunciada una sentencia constitucional plurinacional en acciones de amparo constitucional, no puede activarse una nueva acción con identidad de objeto, sujeto y causa. De activarse una nueva acción con esta identidad, se aplicará esta autorrestricción y se denegará la tutela sin ingresar al análisis de los problemas jurídicos planteados. La jurisprudencia constitucional ha establecido también la autorrestricción jurisprudencial de los hechos controvertidos, ya que la acción de amparo constitucional es una vía de protección de derechos que no puede definir hechos en controversia, por ser esta una competencia de la jurisdicción ordinaria o administrativa.⁵⁶

En caso de no existir autorrestricción jurisprudencial, las autoridades jurisdiccionales que conozcan la acción de amparo constitucional deben ingresar al análisis de los problemas jurídicos que plantea la acción y conceder o denegar la tutela. La decisión asumida en esta primera instancia es de ejecución inmediata y, en todos los casos, será remitida en revisión al Tribunal Constitucional Plurinacional para que resuelva la acción por sorteo en cualquiera de sus cuatro salas constitucionales.⁵⁷ En este contexto, el TCP, a través de una de sus salas, emitirá la sentencia constitucional plurinacional, la cual, luego de su notificación, adquirirá calidad de cosa juzgada constitucional.

⁵⁴ Los estándares jurisprudenciales más altos de la reconducción procesal se encuentran en las sentencias SCP 0645/2012 de 23 de julio y 778/2014 de 21 de abril.

⁵⁵ El TCP sistematizó la línea jurisprudencial de la valoración probatoria en la sentencia SCP 0014/2018-S2 de 28 de febrero.

⁵⁶ El TCP, en la sentencia SCP 2172/2012 de 8 de noviembre, desarrolló la autorrestricción jurisprudencial de los hechos controvertidos.

⁵⁷ Cada sala está conformada por dos magistradas o magistrados. El presidente o la presidenta del TCP no forma parte de las salas.

Finalmente, luego de que una de las salas constitucionales emita la sentencia constitucional plurinacional, con la notificación de la decisión constitucional, se abre la etapa de ejecución de fallos para lograr el cumplimiento de la sentencia constitucional plurinacional. En esta etapa, el CPCo disciplina el mecanismo de queja por mora o incumplimiento para lograr la ejecución de la decisión, aunque, en casos en los cuales se aplique la reparación integral de daños, uno de los desafíos del TCP a través de su labor argumentativa es establecer la supervisión de oficio de sus fallos.

VI. CONCLUSIONES

El amparo constitucional surgió por primera vez en el contexto del Estado liberal, plasmado en la Constitución de Yucatán de 1841, y luego fue consignado en el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, para posteriormente ser instituido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, a partir de la cual existieron importantes avances jurisprudenciales, como en los casos Justo Prieto (1881) y Miguel Vega (1869). Después, el juicio de amparo fue disciplinado en los artículos 103 y 107 de la Constitución de 1917, hasta tener una evolución armónica con la integración del derecho internacional de los derechos humanos en la reforma constitucional de 2011 y en la Ley de Amparo de 2013.

La semilla del juicio de amparo constitucional se ha expandido a toda Latinoamérica con diversas variaciones y adaptaciones propias de cada modelo de Estado y sistema de control de constitucionalidad. De manera específica, en el caso boliviano, la reforma constitucional de 2009, que ha moldeado un diseño constitucional enmarcado en la plurinacionalidad, el pluralismo y la interculturalidad, la acción de amparo constitucional ha tenido un redimensionamiento importante a la luz del paradigma del *suma qamaña*.

En efecto, el paradigma del *suma qamaña* integra a los principios del constitucionalismo boliviano contenidos en el artículo 109.I de la Constitución, es decir, el de igual jerarquía, aplicación directa y directa justiciabilidad de derechos, que en clave de plurinacionalidad, pluralismo e interculturalidad deben ser interpretados en el marco de la superación del paradigma antropocéntrico y la coexistencia en igualdad jerárquica de derechos individuales y transindividuales, todos ellos justiciables a través de las acciones de libertad, amparo constitucional, protección de privacidad, cumplimiento y popular.

En este marco, a la luz del paradigma del *suma qamaña*, la acción de amparo constitucional tutela derechos individuales contenidos tanto en la Constitución como en el bloque de constitucionalidad, se constituye en un mecanismo eficaz

para el ejercicio del control de convencionalidad, obliga a las autoridades a utilizar los enfoques de género, diferencial, intercultural y de interseccionalidad para la eficaz protección de derechos a la luz de la cláusula de igualdad sustantiva. Asimismo, en este paradigma, es un medio eficaz para la reparación integral del daño.

La acción de amparo constitucional tiene una faceta preventiva y reparadora; en esta última, procede contra decisiones judiciales, actos administrativos firmes, decisiones de las autoridades de las Naciones y Pueblos Indígenas Originarios Campesinos (Napioc) y particulares. Para su activación deben agotarse previamente los mecanismos intraprocesales de defensa, salvo acciones activadas por grupos de atención prioritaria o vías de hecho, supuestos en los cuales la acción es de presentación directa y debe ser promovida en el plazo de seis meses desde que se conoce el acto o la omisión lesiva de derechos o desde que se notifica con la última decisión que agota la vía judicial o administrativa.

Entonces, de acuerdo con lo expuesto, es evidente que el amparo constitucional ha evolucionado del original diseño mexicano y que en un Estado plurinacional –que también debe ser respetuoso de las obligaciones internacionales de respeto y garantía de derechos asumidas– se configura como una de las herramientas más democráticas y emancipadoras para la defensa de derechos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUINACO BRAVO, Fabián María, “El juicio de amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, t. 1: *Pasado, presente y futuro*, México, IJ-UNAM, 2017, pp. 155-166.
- ATTARD BELLIDO, María Elena, “Entre la diosa Themis y Mama Ocllo: la propuesta de argumentación jurídica plural desde la filosofía intercultural andina de la Chakana”, *Diálogo de Saberes*, Bogotá, Universidad Libre, núm. 50, 2019, pp. 79-100.
- ATTARD BELLIDO, María Elena, “La promesa constitucional mutilada: la irreal composición plural del Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano y los costos en términos de plurinacionalidad, pluralismo jurídico igualitario e interculturalidad”, *Foro Sucrense*, Sucre, Ilustre Colegio de Abogados de Chuquisaca, núm. 14, 2019, pp. 92-121.
- ATTARD BELLIDO, María Elena, “Un mate de coca y unas breves reflexiones dialógicas entre la diosa Themis y Mama Ocllo. ¿Es el Tribunal Constitucional Plurinacional un modelo polifónico de justicia constitucional?”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2019*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, núm. 25, 2019, pp. 397-409.

- ATTARD BELLIDO, María Elena, “Un café, escenario propicio para unas breves reflexiones dialógicas entre Mama Ocllo y la Diosa Temis sobre la acción popular a los diez años años de vigencia de la Constitución boliviana”, en *Diez años de la Constitución boliviana*, La Paz, Kipus, 2020, pp. 31-57.
- CONTRERAS BUSTAMANTE, Raúl, “Retos del amparo mexicano en el contexto del centenario de la Constitución Federal de 1917”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, t. 1: *Pasado, presente y futuro*, México, IJ-UNAM, 2017, pp. 187-200.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor “El juicio de amparo mexicano, su proyección en Latinoamérica y en los instrumentos internacionales”, en *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3 ed., México, Porrúa, 2003.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “El amparo concedido por la SCJN a Justo Prieto en 1881: Aplicación del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en México”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, t. 1: *Pasado, presente y futuro*, México, IJ-UNAM, 2017, pp. 81-114.
- HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Martha María del Carmen, “Influencia del pensamiento de Alexis de Tocqueville en el juicio de amparo mexicano”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, t. 1: *Pasado, presente y futuro*. México, IJ-UNAM, 2017, pp. 115-122.
- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, “Los pueblos indígenas en las constituciones de México”, *Argumentos. Estudios Críticos de la Sociedad*, Xochimilco, Universidad Autónoma Metropolitana, vol. 29, núm. 82, septiembre-diciembre de 2016, pp. 161-180.
- MARTÍNEZ DALAMU, Rubén, “Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos”, en ESTUPIÑÁN ACHURY, Liliana, STORINI, Claudia, MARTÍNEZ DALMAU, Rubén y CARVALHO DANTAS, Fernando Antonio de (eds.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Bogotá, Universidad Libre, 2019, pp. 31-47.
- RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario, “El juicio de amparo: Origen y evolución hasta la Constitución de 1917. Tres casos paradigmáticos que determinaron su configuración”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, t. 1: *Pasado, presente y futuro*, México, IJ-UNAM, 2017, pp. 115-122.
- SCHAVELZON, Salvador, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, La Paz, Plural, 2012.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, La Paz, Ministerio de Justicia, Oficina del Alto

Comisionado, Naciones Unidas, Derechos Humanos. <https://www.tribunalagroambiental.bo/wp-content/uploads/2020/07/Protocolo.pdf>

VÁZQUEZ, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, IIJ-UNAM, 2018.

YRIGROYEN FAJARDO, Raquel, “Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena”, en AHRENS, Helen (comp.), *El Estado de Derecho hoy en América Latina. Libro en homenaje a Horst Schönbohm*, Asunción, Fundación Konrad Adenauer, 2012.

Legislación y jurisprudencia

ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL, Código Procesal Constitucional (CPCo), 5 de julio de 2012. <https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N254.html>

CORTE IDH, Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154.

CORTE IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, No. 158.

CORTE IDH, Caso Gelman *vs.* Uruguay, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221.

DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL (DCP) 0030/2014 DE 28 DE MAYO.

LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS (LPA) DE 23 DE ABRIL DE 2002.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL (TCP), Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 111/99 de 6 de septiembre.

TCP, Sentencia SCP 0044/2010-R de 20 de abril.

TCP, Sentencia SCP 0061/2010-R de 27 de abril.

TCP, Sentencia SCP 668/2010-R de 19 de julio.

TCP, Sentencia SCP 1018/2011-R de 22 de junio.

TCP, Sentencia SCP 0085/2012 de 16 de abril.

TCP, Sentencia SCP 0222/2012 de 24 de mayo.

TCP, Sentencia SCP 0645/2012 de 23 de julio.

TCP, Sentencia SCP 0862/2012 de 20 de agosto.

TCP, Sentencia SCP 0998/2012 de 5 de septiembre.

TCP, Sentencia SCP 1422/2012 de 24 de septiembre.

TCP, Sentencia SCP 2172/2012 de 8 de noviembre.

TCP, Sentencia SCP 0026/2013 de 15 de enero.

TCP, Sentencia SCP 1156/2013 de 26 de julio.

TCP, Sentencia SCP 0778/2014 de 21 de abril.

TCP, Sentencia SCP 778/2014 de 21 de abril.

TCP, Sentencia SCP 0014/2018-S2 de 28 de febrero.
TCP, Sentencia SCP 0019/2018-S2 de 28 de febrero.
TCP, Sentencia SCP 0616/2018-S2 de 8 de octubre.
TCP, Sentencia SCP 707/2018-S2 de 31 de octubre.
TCP, Sentencia SCP 0481/2019-S2 de 9 de julio.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA DEL 2011, DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL PERUANA

César Landa Arroyo*

RESUMEN

Este artículo analiza de forma comparada las experiencias de Perú y México en materia de protección de derechos humanos. En el contexto peruano, se destaca el papel histórico de las Constituciones de 1979 y 1993, así como la vigencia del control de convencionalidad y los tratados internacionales sobre derechos humanos. En el mexicano, se relieván los impactos de la reforma constitucional del 2011 y los retos de su implementación debido a factores institucionales. Puestos en diálogo con casos de desaparición forzada, la pandemia de covid-19 y el matrimonio igualitario, las experiencias en ambos países revelan que, si bien las reformas constitucionales han sido útiles en la promoción y protección de los derechos humanos, aún existen importantes retos para garantizar los derechos de sus respectivas poblaciones.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional mexicana del año 2011 ha sido un hito importante en la defensa y promoción de los derechos humanos y del control de convencionalidad. A través de dicha reforma, se otorgó rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos que el país había ratificado y se les dio protección judicial a través del proceso de amparo. En el Perú, estas cláusulas fueron parte de todo un proceso de cambios democráticos y constitucionales en 1979, que buscaron mejorar la protección interna que se brindaba a los derechos humanos.

* Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú. Expresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Agradezco la colaboración de mi Adjunto de Docencia Carlos Loayza. clanda@pucp.edu.pe

Sin embargo, a pesar de los grandes avances que supuso la introducción de los tratados de derechos humanos en ambos países, a la fecha aún queda mucho camino por recorrer hasta que se vea una protección real y completa de los derechos humanos por parte de los Estados de México y Perú. En este sentido, en el presente artículo se desarrollará la situación de los derechos humanos en México a partir de la reforma constitucional del 2011 desde una perspectiva comparada con la realidad peruana. Para lo cual, en primer lugar, se realiza una contextualización histórica de la vigencia del control de convencionalidad y de los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Perú. En segundo lugar, se analiza cuál fue el impacto de las reformas constitucionales del 2011 en México en la protección de los derechos humanos, respecto tanto de la importancia de la separación de poderes para su protección como de la necesidad de atención a las poblaciones vulnerables, todo esto también desde una perspectiva comparada y con el análisis de los casos centrales en la protección de los derechos humanos.

II. CONTEXTO COMPARADO

1. La constitución peruana de 1979

A fines de la década de los setenta el Perú entró en un proceso de transición a la democracia después de más de una década del golpe de Estado realizado por las fuerzas armadas. Parte de ese proceso de transición democrática estuvo basado en la convocatoria a una Asamblea Constituyente que dictó una nueva Constitución el año 1979. En dicha Constitución se introdujo la jerarquía de los tratados dentro del derecho peruano. En ese sentido, el artículo 105 de la misma Constitución se refería más específicamente a los tratados sobre derechos humanos, pues dispuso que “los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional”.

Este artículo, que elevó el estatus de los tratados sobre derechos humanos al rango constitucional, incluso sirvió de inspiración para la cláusula de introducción de los tratados sobre derechos humanos en otros textos constitucionales.¹ Otro artículo importante para el sistema de derechos humanos, en especial para su protección en sede internacional, fue la decimosexta disposición general, que ratificó “la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia de la

¹ Novak, Fabian, “Los tratados y la Constitución Peruana de 1993”, *Agenda Internacional*, vol.1, núm. 2, 1994, pp. 71-94.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

A pesar de que el Perú fue uno de los países pioneros en la región en incorporar el derecho internacional de los derechos humanos a su Constitución, esta incorporación no fue tan efectiva en la realidad, debido al conflicto armado interno acontecido a partir del año 1980, que tuvo acciones terroristas por parte principalmente de Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) y, a su vez, la respuesta de las fuerzas armadas y policiales del Estado, que no respetaron estándares internacionales sobre derechos humanos, a pesar de algunos esfuerzos judiciales.²

2. La Constitución de 1993

El 5 de abril de 1992 el presidente Alberto Fujimori proclamó un autogolpe que rompió con el orden democrático, disolviendo el Congreso de la República, destituyendo a la Corte Suprema de Justicia y clausurando el Tribunal de Garantías Constitucionales. El gobierno fujimorista transgredió claramente la Constitución de 1979 y los tratados sobre derechos humanos promoviendo políticas antiterroristas contrarias a la Constitución y a los tratados ratificados por el Perú. En ese contexto, Fujimori convocó a la elección de un Congreso Constituyente Democrático, el que estuvo controlado casi en su totalidad por su propio partido. Finalmente, se aprobó vía referéndum la Constitución Política de 1993, vigente hasta la actualidad.³

Las cláusulas relativas al rango constitucional de los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fueron muy discutidas al momento de la redacción debido a que los tratados de derechos humanos suponían una “traba” en la estrategia antiterrorista de Fujimori. Después de un amplio debate público, el Congreso Constituyente Democrático aceptó incorporar, aunque modificadas, algunas de las cláusulas de protección de los derechos humanos. En ese sentido, la Cuarta Disposición Final y Transitoria –siguiendo a lo dispuesto en la Constitución de 1979– dispuso que “las normas relativas a los derechos [...] se interpretan de conformidad con la Declaración

² Landa, César, “El control constitucional difuso y la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en la sentencia de la jueza Saquicuray”, *Ius et Veritas*, Lima, núm. 11, 1995, pp. 171-179.

³ En el Exp. 0014-2003-AI/TC, caso Alberto Borea, el Tribunal Constitucional señala que, si bien es cierto que la Constitución de 1993 presentó signos de haber sido llevada a través de un proceso irregular, en especial durante su referéndum, ello no impide que sea válida.

Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Si bien no habla expresamente del Pacto de San José, se puede entender, a partir de la propia interpretación de dicho artículo, que su rango constitucional se mantiene.⁴

También la Constitución de 1993 abre la posibilidad a la jurisdicción internacional en el artículo 205, al señalar que, “agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”. Si bien, como veremos a continuación, este artículo fue problemático para el gobierno de Fujimori, la posibilidad de acudir a instancias internacionales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se mantiene hasta hoy en día como una posibilidad perfectamente constitucional, de modo que el artículo 205 ha sido utilizado intensamente, con el resultado de que el Perú es el país con mayores condenas internacionales en la región.

3. Retiro de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Después de la segunda reelección de Fujimori (1995), en un entorno de falta de respeto de las decisiones de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana, el gobierno autoritario de Alberto Fujimori decidió retirar al Perú de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1999, usando como excusa una supuesta “inejecutabilidad” en torno a los casos *Loayza Tamayo vs. Perú*⁵ y *Castillo Petruzzi vs. Perú*.⁶ Tiempo después, cuando Fujimori huyó del país el año 2000 y la democracia retornó con el presidente Valentín Demetrio Paniagua, el retiro fue anulado en sus efectos debido a que escondía el propósito ilegítimo de que el Estado no respondiera por violaciones de los derechos humanos, en el caso de la expulsión de los magistrados del Tribunal Constitucional y la privación de la nacionalidad del dueño de un canal de televisión, Baruch Ivcher.⁷

⁴ Rubio, Marcial, “La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, año V, núm. 5, 1998, pp. 99-113.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, San José, Sentencia del 17 de septiembre de 1997, Serie C, No. 33.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Castillo Petruzzi vs. Perú*, San José, Sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C, No. 52.

⁷ Landa, César, *Convencionalización del derecho peruano*, 1 ed., Lima, Palestra, 2016, pp. 41-42.

4. Control de convencionalidad en la actualidad

A pesar de la obligatoriedad que tiene el sistema interamericano dentro del Perú, solo dos de sus casos han cerrado con el procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias.⁸ Además de ello, en una serie de oportunidades los propios poderes del Estado tampoco han cumplido con adecuar la jurisdicción interna a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, sí podemos observar algunos casos en los que los órganos de justicia internos han actuado de acuerdo con lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el caso de Santiago Martín Rivas, jefe del grupo Colina, grupo paramilitar acusado de graves violaciones de los derechos humanos durante el gobierno de Alberto Fujimori, demandó que conforme a las leyes de amnistía no se le procesase. Pero la Corte IDH, en la sentencia del caso Barrios Altos *vs.* Perú, determinó la responsabilidad del Estado peruano y la necesidad de juzgar los delitos de función en la jurisdicción interna.⁹ Así, el Tribunal Constitucional del Perú, en la Sentencia Exp. 4587-2004-AA/TC, falló de acuerdo con lo dicho por la Corte IDH y declaró infundada la demanda del recurrente.

III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA PERUANA

1. Utilidad de la reforma en el sistema de protección de los derechos humanos

La reforma constitucional mexicana del año 2011 ha sido un importante paso adelante en la búsqueda de un mejor sistema de protección de los derechos humanos, puesto que les otorgó rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos, los que antes de la reforma tenían un carácter inferior a la Constitución y al mismo nivel que las leyes federales.¹⁰ También las posteriores interpretaciones hechas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en septiembre del 2013 han resultado de igual importancia, puesto que acordaron la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para

⁸ Castañeda, Susana, "Problemática en la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso peruano", *Revista de Derecho*, Lima, vol. 15, pp. 11-38.

⁹ Landa, *Convencionalización del derecho peruano*, cit., p. 31.

¹⁰ Fix-Zamudio, Héctor, "Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, IJ-UNAM, 2013, pp. 153-212.

los jueces nacionales, además de declarar que los derechos humanos de fuente convencional tendrán rango constitucional.¹¹

Aun así, esta reforma no vino sola, puesto que también era necesario reformar el sistema en el que funcionaba el amparo desde 1936 para permitir que la protección de estos derechos se diera en la realidad. De modo que se modificaron los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución, además de la nueva Ley de Amparo el año 2013. Estas reformas permitieron que los jueces pudieran hacer control de convencionalidad en materia de derechos humanos e inaplicar aquellas normas internas que atentasen lo estipulado en la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto redimensionó el rol de los jueces ante casos de aplicación de control difuso y su obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.¹²

A pesar de los avances, la Suprema Corte mexicana no ha podido adaptar adecuadamente el control de convencionalidad a la aplicación cotidiana de los jueces, tal y como se lo pidió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Radilla Pacheco *vs.* México. En el Expediente Varios 912/2010, consideró que los jueces de todo el país estaban vinculados directamente por los fallos en los que México fuera parte, pero que aquellos en los que México no fuera parte solo servirían como un criterio orientador basado en el principio *pro persona*.¹³ La sentencia mencionada sirvió como modelo dentro del control de constitucionalidad y convencionalidad para todos los jueces en México.

También sirve como criterio el Amparo Directo en Revisión 1046/2012, donde la Suprema Corte ha indicado que la convencionalidad no podrá ser elevada de oficio por el juez, sino que siempre deberá ser invocada por las partes o solo excepcionalmente por el juez, criterio que va contra lo establecido por la Corte IDH para el control de convencionalidad.¹⁴ Finalmente, en la Sentencia Varios 1396/2011, la Suprema Corte indica, en la misma línea que el caso Varios 912/2010, que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que México hace parte son de obligatoria observación para los jueces de la nación, pero solo podrán aplicar aquellas en las que se trata sobre un derecho que también haya sido reconocido expresamente en la Constitución mexicana y si va acorde con los criterios establecidos dentro del país.¹⁵

¹¹ Salazar, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República, 2014, p. 57.

¹² *Ibidem*, p. 185.

¹³ Landa, *Convencionalización del derecho peruano*, cit., p. 199.

¹⁴ *Ibidem*, p. 201.

¹⁵ *Idem*.

En el Perú los jueces también tienen la obligación de aplicar el control de convencionalidad cuando consideren que por acción u omisión una autoridad, funcionario o persona afecta un derecho protegido en alguno de los tratados sobre derechos humanos suscritos por el Perú. En ese sentido, y siguiendo los estándares internacionales, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional peruanos han avanzado conforme ha pasado el tiempo en el uso del control de convencionalidad como herramienta importante en la protección de los derechos.

Un caso emblemático de uso de los tratados sobre derechos humanos fue la expedición de una sentencia judicial¹⁶ donde, a través del control de convencionalidad, el juez declaró inaplicables las disposiciones vigentes del Código Civil peruano sobre la representación en caso de la incapacidad mental de dos hermanos adultos con esquizofrenia. Realizó un análisis centrado en los derechos de las personas con discapacidad a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, por lo que se les confirió capacidad de representación con el apoyo familiar y social del Estado, aplicando el control difuso de convencionalidad, a través del uso de la antes mencionada Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Este caso es emblemático también porque fue uno de los puntos de inicio de una serie de reformas en el Código Civil durante el año 2018 que buscaron adecuar los tratados internacionales sobre los derechos de las personas con discapacidad con el derecho interno. El principal logro de esta reforma fue adaptar un tratado sobre derechos humanos ratificado por el Perú al derecho interno, con cambios que permitían un mejor ejercicio de los derechos humanos de una población en situación de vulnerabilidad, como las personas con discapacidad.

No obstante, si bien es cierto que la situación de la protección de los derechos humanos en el Perú ha mejorado, mucho se debe a los tratados sobre derechos humanos que el país ha ratificado y que han sido incorporados al derecho interno. Sin embargo, a pesar de que los tratados internacionales los protegen, como se analiza más adelante, las poblaciones en situación de vulnerabilidad son quienes más a menudo han visto cómo sus derechos han sido sistemáticamente vulnerados por el Estado.

Otro factor importante para que estas reformas puedan funcionar en la realidad es la independencia de poderes. En el Perú de los años noventa, durante el gobierno autoritario de Alberto Fujimori, la vulneración de los derechos humanos se dio también debido a que el gobierno pudo copar el Poder Judicial y evitar

¹⁶ Poder Judicial, Resolución No. 32 del Exp. No. 01305-2012-0-1001-JR-FC-03 de junio de 2015, Caso de personas discapacitadas.

que muchas de las violaciones de los derechos humanos de su gobierno quedaran impunes o no pasaran por los controles judiciales o, si pasaban, no eran juzgadas con completa independencia, como en el caso de la masacre de “El Frontón”.¹⁷ Así, solo después de la caída del régimen autoritario se juzgó a Fujimori por crímenes de lesa humanidad cometidos en relación con los casos “La Cantuta” y “Barrios Altos”. Actualmente, él y un grupo de sus exministros se encuentran en juicio por las esterilizaciones forzosas que cometieron en su gobierno, tal y como se desprende del Caso Mamérita Mestanza *vs.* Perú en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.¹⁸

En ese sentido, vemos con mucha preocupación el inicio de un proceso de ampliación del mandato de Arturo Zaldívar como Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y de los consejeros del Consejo de la Judicatura Federal. Esta medida podría ir en contra de la promoción adecuada de los derechos humanos y su protección jurisdiccional, en la medida en que supondría una interferencia en la independencia y el control y balance de poderes, que son esenciales, si se quiere evitar excesos en el poder y violaciones sistemáticas de los derechos humanos. El régimen autoritario de los años noventa en el Perú evitó que se investigaran seriamente los crímenes contra los derechos humanos y resultaría realmente grave que esto suceda en México.

2. Perspectivas del Programa Nacional de Derechos Humanos en México y Perú

El año 2020, el gobierno mexicano emitió un programa nacional de derechos humanos cuyo principal objetivo es el de “plantear un nuevo pacto social [...] para *no dejar a nadie atrás y no dejar a nadie fuera*”.¹⁹ En este plan se consideró principalmente cuatro causas por las que el Estado no lograba llegar adecuadamente a proteger los derechos humanos: la fragmentación de normas, instituciones y programas, que impiden una respuesta adecuada del Estado; la limitada capacidad presupuestaria; las limitadas herramientas en materia de derechos humanos de los servidores públicos; y la escasa capacidad estatal en la realización de los derechos humanos.²⁰ Se podría plantear que estas cuatro causas no son solo parte del sistema mexicano, sino del cumplimiento de casi todo el sistema interamericano. La

¹⁷ Tribunal Constitucional del Perú, Exp. STC 2488-2002-HC/TC, Caso Bernabé Montoya “El Frontón”, julio de 2007, voto singular del magistrado Landa Arroyo.

¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acuerdo de solución amistosa, Petición 12.191, María Mamérita Mestanza Chávez, Washington, octubre de 2003, informe No. 71/03.

¹⁹ Secretaría de Gobernación, *Programa Nacional de Derechos Humanos 2020-2024*, México, 2020. Énfasis en el original.

²⁰ *Ibidem*.

posibilidad de comparar estas causas con la realidad peruana no es descabellada, por lo que procederemos a revisar cómo estas causas se presentan en la realidad peruana.

En primer lugar, la fragmentación de las instituciones ha sido también considerada en el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 del Perú, donde se indica que parte de la política debe ser articular de mejor forma las estrategias de los gobiernos regionales y locales pensando en que ellos son los que más cerca están de la población.²¹ El fortalecimiento del proceso de descentralización en el país ha sido un problema recurrente, dado que el Perú está centrado principalmente en Lima y ha olvidado a las demás regiones del país. El gobierno, en ese sentido, debe asegurar políticas públicas adecuadas para permitir planes de derechos humanos viables en todo el país, además de coordinar de mejor manera sus acciones con los gobiernos regionales y locales.

En segundo lugar, la capacidad de inversión en la promoción y protección de los derechos humanos en el Perú ha sido baja. La política fiscal del país no ha sido coherente en cumplir sus obligaciones internacionales y tampoco ha logrado hacer que se pueda invertir un monto acorde con las necesidades de la población en derechos humanos, y, si se invirtió, los resultados de esta inversión no fueron correctamente evaluados.²² Una propuesta para evitar que los recursos económicos del país sean invertidos sin un enfoque de derechos humanos es que los lazos entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Economía y Finanzas se fortalezcan en busca de adoptar un enfoque de derechos humanos en la política fiscal del país según los principios de progresividad y eficiencia.

En tercer lugar, las herramientas de los servidores públicos en derechos humanos también han sido una carencia en el Estado peruano. Para ello, el Estado ha considerado crear un Plan Nacional de Educación en Derechos y Deberes Fundamentales, el que busca brindar al servidor público formación con un enfoque de derechos humanos para, de esa manera, promover el fortalecimiento de la democracia y la institucionalidad. La meta que se planteó dicho plan fue la de lograr que el 100% de servidores públicos estén concientizados en la importancia de los derechos humanos de poblaciones en situación de vulnerabilidad, como la población de lesbianas, gays, bisexuales y transgénero, bisexuales e intersexuales y demás (LGTBI+) y los adultos mayores. Lo que se busca con esta educación en

²¹ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021*, Lima, 2018, p. 19.

²² Center for Economical and Social Rights, *Un techo injusto a los derechos. Políticas fiscales, Desigualdad y Derechos Sociales en el Perú*, Lima, diciembre 2019, pp. 9-10.

derechos humanos es, principalmente, crear una cultura de derechos humanos entre los servidores públicos y evitar futuras violaciones de los derechos humanos.²³

En el último informe del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre los avances en la implementación del Plan Nacional de Derechos Humanos se indica que, si bien ya se llevó a cabo con éxito un programa de educación en el respeto de los derechos de las personas LGTBI+, aún no se ven los avances en la actuación de los funcionarios públicos y los operadores de justicia.²⁴

En cuarto lugar, el Estado no ha sido capaz de promover que el centro de su actuación sean siempre los derechos de las personas. Si bien el mencionado informe sobre los avances en la implementación del plan nacional indica que hubo avances importantes en el reconocimiento por parte de la ciudadanía de los derechos humanos y la importancia de los tratados sobre derechos humanos, han sido el propio Congreso de la República y los propios ministerios los que han impedido mayores avances.²⁵

Finalmente, podemos considerar que la situación de los derechos humanos en Perú está en un proceso de *corsi e recorsi*. Así, la situación del Perú, los avances y retrocesos pueden servir a México para que, desde una perspectiva comparada, se puedan mejorar los planes ya existentes y, de esa manera, avanzar en un reconocimiento adecuado de los derechos humanos.

3. Protección a los derechos humanos: avances y retos en México y Perú

3.1. Desapariciones forzadas: el caso “Iguala”

y la búsqueda de la verdad con base en la experiencia peruana

El caso de los 43 jóvenes desaparecidos en Iguala, también conocido como el Caso “Ayotzinapa”, conmocionó a la comunidad internacional por lo crueles que resultaron los asesinatos y desapariciones. La gravedad de los hechos y la impunidad que se generó durante el gobierno del expresidente Enrique Peña Nieto impulsaron a que la comunidad internacional reaccionara y se confrontara la verdad que el expresidente había creado del caso. Así, en el Amparo en Revisión 203/2017, el Tribunal Colegiado de Tamaulipas interpretó el tema de las desapariciones forzadas con base en la *Convención Internacional para la protección de todas las personas*

²³ Rodino, Ana María, “La educación con enfoque de derechos humanos como práctica constructora de inclusión social”, *Revista IIDH*, San José, vol. 61, 2015, pp. 201-223.

²⁴ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Segundo informe sobre los avances de implementación del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021*, Lima, 2021, pp. 153-154.

²⁵ *Idem*.

contra las desapariciones forzadas,²⁶ el Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas²⁷ y diversa jurisprudencia de la Corte Interamericana, casos en los que México era parte y otros en los que no lo era.²⁸

Otra de las decisiones que tomó el juez en dicho caso fue la de crear una comisión de la verdad *ad hoc*. A pesar de la oposición de la Suprema Corte, el presidente López Obrador creó la comisión que se encargaría de buscar la verdad del caso: la Comisión para la Verdad y Acceso a la Justicia en el caso Ayotzinapa. Dicha comisión fue conformada por el gobierno, las familias de los 43 desaparecidos y una serie de organizaciones de derechos humanos.

En el Perú la búsqueda de la verdad ha sido muy importante para construir un nuevo pacto social, en especial después del conflicto armado interno que duró entre 1980 y 2000. A partir del año 2000, el entonces presidente de transición Valentín Paniagua tomó la decisión de conformar la Comisión de la Verdad y Reconciliación, cuya principal labor fue la de “investigar y hacer pública la verdad sobre los veinte años de violencia de origen político iniciados en el Perú en 1980”.²⁹ El informe de dicha Comisión no dejó de ser estremecedor y hasta discutido por amplios sectores de la sociedad civil, pero fue un paso importante para dejar atrás la impunidad y sentar nuevas bases para la democracia y el respeto de los derechos humanos como mandatos indispensables en la sociedad.

En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional peruano reconoció el derecho a la verdad como un derecho fundamental innominado, en la Sentencia del Exp. 2488-2002-HC/TC relacionada con el caso de Genaro Villegas Namuche, estudiante que salió a trabajar un día del año 1992 y nunca más regresó. Su hermana relata que al día siguiente de su desaparición un grupo armado y encapuchado accedió violentamente a su vivienda en busca de material que pudiera asociarlo con órganos terroristas. El Tribunal Constitucional se pronunció respecto al derecho a la verdad y señaló que, si bien este derecho no tenía un reconocimiento expreso en la Constitución, estaba plenamente protegido, de modo que el “derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos [...] se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de

²⁶ Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*.

²⁷ Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, *Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas*. Versión revisada del Manual de las Naciones Unidas sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias, Nueva York, Ginebra, 2017.

²⁸ Poder Judicial de la Federación, Amparo en Revisión 203/2017, 31 de mayo de 2018, FFJJ 823-859.

²⁹ Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe final de la Comisión de la verdad y reconciliación*, Lima, 2004, p. 3.

tiempo, modo y lugar en los cuales estos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores”.³⁰

Asimismo, el Tribunal consideró que el derecho a la verdad tiene una dimensión tanto individual como colectiva. La dimensión individual que incide en que los familiares y demás personas directa o indirectamente vinculadas tienen el derecho a conocer las circunstancias de la muerte, por qué, su lugar de entierro, entre otros asuntos,³¹ y la dimensión colectiva, que se refiere al derecho de conocer que los actos criminales no quedaron impunes y de conocer qué fue lo que sucedió para enmendar el camino y evitar que estas circunstancias se repitan.³²

La búsqueda de la verdad debe ser una política de Estado ante casos de desaparición forzada, como el de los jóvenes de Iguala. De todos modos, se debería reforzar la iniciativa del gobierno en la busca de la verdad, apoyándose en la experiencia comparada de la búsqueda del derecho a la verdad, a fin de que se conozca el detalle de lo sucedido y evite así que hechos como estos se repitan.

3.2. Covid-19: situación de los derechos humanos en México y en Perú durante la pandemia

La pandemia generada por la aparición del covid-19 ha puesto de cabeza gran parte del aparato estatal en casi todo el mundo y ha expuesto una serie de problemas que los Estados venían arrastrando desde tiempo atrás. El daño no se ha generado solo en el derecho a la salud, sino también en una serie de derechos conexos a la salud que también vienen siendo vulnerados por ambos Estados.

En el caso de México, la presidencia de la república no ha utilizado la posibilidad establecida en la Constitución de suspender o restringir de algunos derechos en casos que pongan a la sociedad en peligro, ni tampoco se ha dado alguna restricción estricta de movimiento.³³ Aun así, algunos gobiernos locales intentaron ir contra esta medida, como es el caso del estado de Michoacán, el cual impuso una cuarentena estricta y obligatoria con multas incluidas para todos aquellos que incumplieran dichas medidas. Un grupo de profesores de una facultad de Derecho presentaron una demanda de amparo contra esta medida, la cual fue declarada fundada en primera instancia e infundada en segunda, pues se consideró

³⁰ Tribunal Constitucional del Perú, Exp. STC 2488-2002-HC/TC, Caso Villegas Namuche, marzo de 2004, FJ 8.

³¹ *Ibidem*, FJ 9.

³² *Ibidem*, FJ 17.

³³ Serna de la Garza, José María, “Covid-19 and constitutional law: the case of Mexico”, en Serna de la Garza, José María (coord.), *Covid-19 and constitutional law*, México, IJ-UNAM, 2020, pp. 56-57.

que la suspensión no podría ser revocada, si es que con esa suspensión se protegía de mejor forma un derecho, como en este caso lo era el derecho a la salud.³⁴

En el lado peruano las restricciones fueron mucho más estrictas y el gobierno dictó un decreto supremo el 15 de marzo de 2020 en el que impuso cuarentena obligatoria a nivel nacional, inmovilización social obligatoria en las noches y el estado de emergencia nacional, el que suspende los derechos de la libertad de tránsito, inviolabilidad del domicilio y reunión. Después de más de un año de iniciada la pandemia y a pesar de las críticas a la necesidad de dichas medidas, tanto la inmovilización de las noches como el estado de emergencia se mantienen, aunque ahora el gobierno ha optado por reforzar o disminuir las medidas de acuerdo con el grado de contagios de cada provincia del país.

El Tribunal Constitucional peruano no ha sido ajeno al control de las medidas contra la pandemia. En la sentencia del caso “Hacinamiento en los Penales”,³⁵ el Tribunal estableció que el covid-19 es también un peligro dentro de los penales del país debido al alto grado de hacinamiento que existe en ellos y a la inacción estatal en la búsqueda de una solución adecuada. El Tribunal Constitucional declaró un estado de cosas inconstitucionales³⁶ y ordenó al Poder Ejecutivo encontrar una solución al problema de hacinamiento en las cárceles del país en un período de cinco años; si no lo soluciona, se podrá restringir que más internos ingresen a las cárceles o el traslado de los internos a cárceles con un menor nivel de hacinamiento.

3.3. Matrimonio igualitario entre peruano y mexicano: retos y nuevas perspectivas

El tema del matrimonio igualitario ha sido recientemente muy discutido y debatido, tanto en el ámbito del derecho internacional como en derechos humanos. El caso de Óscar Ugarteche, ciudadano peruano que pudo acceder al matrimonio con el ciudadano mexicano Fidel Aroche del mismo sexo, en México, e intentó convalidarlo en el Perú ha reabierto el debate sobre si el matrimonio entre personas del mismo sexo debería aceptarse o no en la legislación. La Constitución Política del Perú no restringe que el matrimonio se dé entre dos personas del mismo sexo. Lo que hace es, en su artículo 4, encargar a la ley la forma del matrimonio

³⁴ *Ibidem*, p. 57.

³⁵ Tribunal Constitucional del Perú, Exp. STC 05436-2014-PHC/TC, Caso C.C.B, “Hacinamiento en los penales”, mayo de 2020.

³⁶ El estado de cosas inconstitucional es una técnica utilizada por el Tribunal Constitucional ante un grupo amplio de personas o algún sector de la población para hacer que sus demandas tengan una solución efectiva en el más corto plazo posible (Exp. STC 0889-2017-PA/TC, FJ. 48).

y las causales de separación y divorcio. El artículo 234 del Código Civil sí restringe el matrimonio como la unión entre varón y mujer, cerrando el espectro a las uniones entre personas del mismo sexo.

En 2020, el Tribunal Constitucional peruano falló por mayoría improcedente la demanda de amparo planteada por Óscar Ugarteche para inscribir su matrimonio en el país. Solo por mencionar algunos de los argumentos del Tribunal, estos se basaron, principalmente, en considerar que el matrimonio entre dos hombres y dos mujeres “ya no es matrimonio, sino un fenómeno social diferente”,³⁷ además de una supuesta necesidad de complementariedad que permita que “las relaciones sexuales [...] desemboquen en el nacimiento de nuevas personas”.³⁸

Casi todos los argumentos esgrimidos por la mayoría del Tribunal fueron rebatidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile, donde la Corte señaló, con base al artículo 17.2 del Pacto de San José, que aquellas acciones que tengan como objetivo menoscabar el goce de algún derecho con base en la orientación sexual será consideradas como discriminatorias.³⁹

Pensamos que el Tribunal debió hacer control difuso y aplicar lo indicado en dicha sentencia de la Corte Interamericana y en la opinión Consultiva OC-24/17, en la cual reconoce el estándar de protección de las personas LGTBI+ y su derecho de la unión homoafectiva de las parejas del mismo sexo que la sentencia del Tribunal Constitucional ha violado, en la medida en que es discriminatorio no permitir que el señor Ugarteche pueda validar su matrimonio en el Perú y registrar su unión conyugal, en razón a su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género.

IV. CONCLUSIONES

La reforma constitucional mexicana del año 2011 ha sido útil en la promoción y protección de los derechos humanos, aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya retrocedido en gran medida en la protección que la Corte Interamericana exige en sus estándares. Esto ha llevado, en conjunto con otros factores, a que la justicia no llegue a satisfacer adecuadamente los derechos de diversas poblaciones en situación de vulnerabilidad.

³⁷ Tribunal Constitucional del Perú, Exp. STC 1739-2018-PA/TC, Caso Ugarteche, noviembre de 2020, voto singular del magistrado Ferrero Costa.

³⁸ Tribunal Constitucional del Perú, Exp. STC 1739-2018-PA/TC.

³⁹ Salmón, Elizabeth, *Caso Ugarteche: fallo del TC es discriminatorio*, Lima, IDEH-PUCP, 2020.

En el Perú la protección a los derechos humanos a través del control de convencionalidad ha progresado conforme ha pasado el tiempo, en la aplicación tanto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de los diversos pactos de derechos humanos reconocidos por el país. Aun así, hace falta que el control de convencionalidad y los tratados sean efectivamente aplicados por los operadores judiciales a todo nivel. Con estas herramientas se podrá avanzar en un mejor reconocimiento de los derechos humanos de la población en general.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CASTAÑEDA, Susana, “Problemática en la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso peruano”, *Revista de Derecho*, Lima, vol. 15, pp. 11-38.
- CENTER FOR ECONOMICAL AND SOCIAL RIGHTS, *Un techo injusto a los derechos. Políticas fiscales, Desigualdad y Derechos Sociales en el Perú*, Lima, diciembre 2019.
- COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final de la Comisión de la verdad y reconciliación*, Lima, 2004.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl y VALADÉS, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, IJ-UNAM, 2013, pp. 153-212.
- LANDA, César, “El control constitucional difuso y la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en la sentencia de la jueza Saquicuray”, *Ius et Veritas*, Lima, núm. 11, 1995, pp. 171-179.
- LANDA, César, *Convencionalización del derecho peruano*, 1 ed., Lima, Palestra, 2016.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, *Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021*, Lima, 2018.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, *Segundo informe sobre los avances de implementación del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021*, Lima, 2021.
- NACIONES UNIDAS, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/conventionced.aspx>
- NACIONES UNIDAS, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, *Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas*. Versión revisada del Manual de las Naciones Unidas sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias, Nueva York, Ginebra, 2017. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol_SP.pdf
- NOVAK, Fabian, “Los tratados y la Constitución Peruana de 1993”, *Agenda Internacional*, Lima, año 1, núm. 2, 1994, pp. 71-94.

- RODINO, Ana María, “La educación con enfoque de derechos humanos como práctica constructora de inclusión social”, *Revista IIDH*, San José, vol. 61, 2015, pp. 201-223.
- RUBIO, Marcial, “La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, año V, núm. 5, 1998, pp. 99-113.
- SALAZAR, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República, 2014.
- SALMÓN, Elizabeth, *Caso Ugarteche: fallo del TC es discriminatorio*, Lima, IDEH-PUCP, 2020.
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, *Programa Nacional de Derechos Humanos 2020-2024*, México, 2020.
- SERNA DE LA GARZA, José María, “Covid-19 and constitutional law: the case of Mexico”, en Serna de la Garza, José María (coord.), *Covid-19 and constitutional law*, México, IJ-UNAM, 2020.

Jurisprudencia

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Acuerdo de solución amistosa, Petición 12.191, María Mamérita Mestanza Chávez, Washington, octubre de 2003, informe No. 71/03.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), Caso Castillo Petrucci vs. Perú, San José, Sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C, No. 52.
- CORTE IDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, San José, Sentencia del 17 de septiembre de 1997, Serie C, No. 33.
- PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Amparo en Revisión 203/2017, 31 de mayo de 2018, FFJJ 823-859.
- PODER JUDICIAL, Resolución No. 32 del Exp. No. 01305-2012-0-1001-JR-FC-03 de junio de 2015, Caso de personas discapacitadas.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Exp. STC 05436-2014-PHC/TC, Caso C.C.B, “Hacinamiento en los penales”, mayo de 2020.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Exp. STC 0889-2017-PA/TC, FJ. 48.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Exp. STC 1739-2018-PA/TC, Caso Ugarteche, noviembre de 2020, voto singular del magistrado Ferrero Costa.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Exp. STC 2488-2002-HC/TC, Caso Bernabé Montoya “El Frontón”, julio de 2007, voto singular del magistrado Landa Arroyo.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Exp. STC 2488-2002-HC/TC, Caso Villegas Namuche, marzo de 2004, FJ 8.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA DE 2011 Y SUS LECCIONES PARA UN NUEVO CICLO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

Claudio Nash*

RESUMEN

La reforma constitucional mexicana de 2011 es un hito en el proceso de convergencia entre la protección nacional e internacional de los derechos humanos. No obstante, también dejó sin modificación aspectos directamente vinculados con las materias reformadas, lo que ha generado tensiones a la hora de interpretar el texto constitucional. De ahí el papel que ha desempeñado la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en su interpretación, la cual no siempre ha sido coherente con el espíritu de la reforma. En ese sentido, el objetivo de este texto es analizar las lecciones más importantes que pueden extraerse del proceso de reforma constitucional mexicano en materia de derechos humanos, que pueden ser relevantes para las discusiones constitucionales en un posible nuevo ciclo constituyente en la región. Para ello, en primer lugar, se describen los diseños constitucionales que confluyen en el uso de instrumentos que permiten una protección efectiva de derechos humanos, mediante la convergencia de estándares nacionales e internacionales, se destacan los principales aportes de la reforma constitucional de 2011 y, por último, se proyectan los nuevos debates constitucionales en la región, en los que los derechos humanos son centrales para el diseño político-institucional.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional mexicana de 2011 es un hito en el proceso de convergencia entre la protección nacional e internacional de los derechos humanos

* Académico de la Universidad de Chile. cnash@derecho.uchile.cl

(DD. HH.). Efectivamente, en un contexto continental donde dicha convergencia ha sido un tema permanente de discusión, incluso recogido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), una discusión como la que se dio en el marco de la reforma mexicana, su resultado en el texto constitucional reformado y el proceso de implementación jurisdiccional son elementos para tener en consideración ahora que se abre un nuevo ciclo constitucional en la región.

La reforma constitucional mexicana tuvo la virtud de dar concreción constitucional a la idea de interacción entre sistemas de derechos humanos, recogiendo en su artículo 1o. reformado parte importante del debate constitucional sobre la convergencia entre la protección nacional e internacional de los derechos humanos y, con la reforma al juicio de amparo, ampliando la protección constitucional de derechos a aquellos contenidos en los tratados internacionales. Sin embargo, debemos reconocer que esta reforma no fue integral y dejó sin modificación aspectos directamente vinculados con las materias reformadas, lo que ha generado tensiones a la hora de interpretar el texto constitucional de una manera sistemática. De ahí el rol que ha asumido la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) para ir configurando una interpretación coherente, aunque no siempre acorde con el espíritu de la reforma.

El objetivo de este artículo es analizar cuáles son las principales lecciones que se pueden extraer del proceso de reforma constitucional mexicano en materia de derechos humanos que pueden ser relevantes para las discusiones constitucionales en un posible nuevo ciclo constituyente en la región. Con este objetivo, en este estudio se describe someramente el proceso de convergencia entre la protección nacional e internacional y se reseñan los principales instrumentos que se han utilizado para dar concreción a dicha convergencia; además, se destacan los aportes de la reforma constitucional de 2011 y se proyectan las lecciones de esta reforma en los nuevos debates constitucionales de la región.

II. CONVERGENCIA EN LA PROTECCIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Desde mediados de la década de los ochenta, a partir de los procesos de transición a la democracia en el Cono Sur y de pacificación en Centroamérica, empieza a darse la consolidación democrática en Latinoamérica, que marca uno de los periodos democráticos más extensos en la historia de la región.¹ Una de las características

¹ Mainwaring, Scott y Pérez-Liñán, Aníbal, *Democracias y dictaduras en América Latina. Surgimiento, supervivencia y caída*, México, Fondo Cultura Económica, 2019, pp. 135-139.

de este proceso ha sido una creciente convergencia entre la protección nacional e internacional de derechos humanos a través de nuevos diseños constitucionales, en lo que constituye un primer ciclo constituyente en la región.²

Este ciclo constituyente se caracterizó por una etapa de recepción formal del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en las Constituciones de la región y luego una etapa de recepción sustantiva, donde la normativa internacional se utiliza a nivel nacional en el plano legal, de políticas públicas y jurisprudencial.³ En materia jurisprudencial, el impacto más interesante ha estado dado en el ámbito de la jurisprudencia constitucional, que ha incorporado el DIDH, en especial, los estándares fijados por la jurisprudencia de la Corte IDH, para resolver casos a nivel nacional.⁴ Un segundo ciclo constituyente se da en la región desde fines de la década de los noventa, donde el proceso constituyente venezolano (1999) dio paso a las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), que se caracterizan por integrar amplios catálogos de derechos, por una extensión de titularidad en materia de derechos fundamentales y por un creciente desarrollo de mecanismos de participación directa de la ciudadanía en la conducción de los asuntos de Estado.⁵

Estos ciclos constitucionales se dan en paralelo con un fuerte fortalecimiento de la protección internacional de los derechos humanos, donde ha jugado un rol relevante el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) y el sistema de Naciones Unidas, particularmente, por el papel que cumple en la región la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH). Así, el sistema internacional ha ido desarrollando estándares sobre calidad de la

² En lo normativo, se ha desarrollado, desde fines de la década de los ochenta, un primer ciclo constitucional con el surgimiento de nuevos textos (Brasil 1988, Colombia 1991, Perú 1993, Venezuela 1998, Ecuador 2008 y Bolivia 2009) o de reforma de los mismos (Argentina 1994, Chile 1989 y 2005, México 2011) o la creación de nuevas instancias jurisdiccionales (Costa Rica 1989, Colombia 1991).

³ Nash, Claudio, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias jurisprudenciales*, México, Fontamara, 2010.

⁴ Sobre este proceso, véase *Diálogo Jurisprudencial*, editado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM) desde 2006, con seis números a la fecha; García-Sayán, Diego, "Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo 1979-2004*, San José, Corte IDH, 2005, pp. 323-384; Corte IDH y Ministerio Fiscal, *Diálogos: el impacto del sistema interamericano de derechos humanos en el ordenamiento interno de los Estados*, Buenos Aires, Eudeba, 2013; García Ramírez, Sergio, "Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales): algunas cuestiones relevantes", en *El futuro del sistema interamericano de los derechos humanos*, Documento de trabajo No. 3, The Center for Civil & Human Rights, University of Notre Dame, mayo 2014.

⁵ Viciano, Roberto y Martínez, Rubén, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal", en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010, pp. 1-24.

democracia, fortalecimiento de las instituciones del Estado de derecho y mecanismos de acceso a las instancias internacionales que han tenido impacto en los diseños constitucionales y en su implementación.⁶

Paralelamente, se han ido implementando mecanismos para dar efectividad a la protección de derechos humanos, sea que esta se dé a nivel nacional o internacional. En el ámbito nacional, han cobrado importancia los mecanismos orgánicos de protección de derechos humanos, tales como las Defensorías del Pueblo y, a nivel internacional, el acceso a los órganos del sistema interamericano, particularmente con una ampliación de las formas de acceder a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ya no solo mediante casos individuales, sino también a través de otros procedimientos de protección (audiencias públicas, informes, relatorías temáticas). Como consecuencia de este uso más intensivo de los mecanismos de casos individuales, también se han extendido las materias que son de conocimiento de las instancias internacionales. De ahí que el rol jugado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en temas de alta complejidad en la región, como son los casos de violaciones estructurales de derechos humanos, también haya tenido alto impacto a nivel nacional.⁷

En síntesis, durante las últimas décadas es evidente la convergencia sustantiva entre la protección nacional e internacional de los derechos humanos. Para dar concreción a dicho proceso no ha sido suficiente la recepción formal, sino que esta ha ido acompañada por un proceso sustantivo que ha requerido de instrumentos para su materialización. Esos instrumentos son los que pasamos a reseñar.

⁶ Fix-Zamudio, Héctor, "El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 1, 2004, pp. 141-180; Del Toro, Mauricio, "La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 11, 2005, pp. 325-363; Von Bogdandy, Armin, "Configurar la relación entre el derecho internacional constitucional y el derecho internacional público", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Van Gogdandy, Armin (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, IJ-UNAM, 2010, pp. 559-582; Uprimny, Rodrigo, "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 109-137; Acosta, Paola, "Zombis vs. Frankenstein: 'Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno'", *Revista de Estudios Constitucionales*, año 14, núm. 1, 2016, pp. 15-60; Núñez, Constanza, "Apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en una nueva Constitución", *Ius et Praxis*, vol. 24, núm. 3, 2018, pp. 379-420.

⁷ Nash, Claudio y Núñez, Constanza, *La dimensión estructural de la garantía jurisdiccional de derechos humanos. El caso chileno y el contexto internacional*, México, Tirant lo Blanch, 2020, caps. 3 y 9.

III. PROCESO DE CONVERGENCIA CONSTITUCIONAL Y EL DIDH EN LOS MODELOS CONSTITUCIONALES

Las transformaciones propias de un proceso de convergencia entre la protección nacional e internacional de derechos humanos se han dado en el marco de dos modelos constitucionales. Por una parte, modelos constitucionales tradicionales liberales, con catálogos preferentemente centrados en derechos civiles y políticos y acciones constitucionales canalizadas mediante órganos con jurisdicción constitucional. Por otra, nuevos diseños constitucionales con catálogos de derechos más amplios y profundos, pero sin novedades en los mecanismos jurisdiccionales. En ambos modelos, la concreción de los catálogos de derechos se sigue centrado en la ley y las acciones constitucionales de tutela y *habeas corpus*.

La respuesta de la justicia constitucional, si bien parte de diversos modelos constitucionales, ha permitido cumplir con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos y, además, ha dado eficacia a los derechos fundamentales en el ámbito interno. Cumpliendo con estos objetivos se está satisfaciendo una de las premisas básicas de los sistemas normativos constitucionales e internacionales, cual es el respeto de la coherencia interna de los sistemas normativos. De ahí que no sea extraño que un proceso de convergencia más exigente en materia de derechos humanos haya requerido de nuevas herramientas que dieran efectividad a su materialización. Algunos de estos instrumentos han sido el bloque constitucional, la interpretación *pro persona*, el control de convencionalidad y las sentencias estructurales.

El bloque constitucional hace referencia a la existencia de normas constitucionales materiales que no son parte de la constitución formal.⁸ Esta institución ha venido a complejizar los sistemas tradicionalmente jerárquicos, permitiendo que los compromisos internacionales del Estado sean interpretados en un plano de igualdad con la Constitución, lo que implica la necesidad de conciliar las distintas disposiciones y, por tanto, obliga a avanzar en la coherencia del sistema, de manera que el objetivo de esta institución es servir de baremo de constitucionalidad para las cortes con jurisdicción constitucional.⁹ Por tanto, interpretar el sistema

⁸ Uprimny, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2006, p. 31.

⁹ Nash, Claudio, "El bloque de constitucionalidad y su recepción en la jurisprudencia: tendencias en Latinoamérica", en *Control de convencionalidad: de la dogmática a la implementación*, México, Porrúa, 2013; Nogueira, Humberto, "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia", *Revista de Estudios Constitucionales*, Santiago, vol. 13, núm. 2, 2015, pp. 301-350; García, Leonardo, "De la 'constitucionalización' a la 'convencionalización' del ordenamiento jurídico. La

jurídico implica su interpretación conforme a dichos compromisos constitucionales e internacionales.

En cuanto a la interpretación *pro persona*, tenemos claro que, conforme al derecho internacional público, se deben interpretar las normas en consideración del objeto y fin del tratado (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 31) y la esencia y base sobre la cual se construye el DIDH es justamente la efectividad en la protección de los derechos humanos, por lo que puede concluirse que la interpretación debe ser siempre a favor del individuo.¹⁰ El principio *pro persona* es un principio hermenéutico que cumple un rol de corrección al momento de interpretar los derechos humanos, permitiendo elegir entre distintas interpretaciones posibles y, de esta forma, cumplir de buena fe con los compromisos internacionales del Estado. Así, el criterio clásico de la jerarquía cede ante el carácter más favorable de otra norma de jerarquía inferior.¹¹

En relación con la figura del control de convencionalidad, esta ha tenido un profundo impacto, ya que viene a concretar la obligación de garantía que asumen los Estados al momento de ratificar los instrumentos internacionales de derechos humanos.¹² De esta forma, mediante un ejercicio hermenéutico que consiste en la verificación que realiza la Corte IDH y todos los agentes estatales de la adecuación de las normas jurídicas internas a la CADH y a los estándares interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de dicho tribunal, se aplica en cada caso concreto aquella interpretación que se ajuste a las obligaciones internacionales del Estado y dé efectividad a los derechos consagrados convencionalmente.¹³ La

contribución del *ius constitutionale commune*", *Revista Derecho del Estado*, núm. 36, 2016, pp. 131-166; Rodríguez, Graciela *et al.*, *Bloque de constitucionalidad en México*, 1 ed., México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013.

¹⁰ "En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce". Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5, párr. 51.

¹¹ Rodríguez, Gabriela, "Artículo 29. Normas de interpretación", en Steiner, Christina y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios*, México, SCJM, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 706-714; Castilla, Karlos, "El principio *pro persona* en la administración de justicia", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 20, 2009, pp. 65-83.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de Convencionalidad*, núm. 7, 2019.

¹³ Estaríamos, en consecuencia, ante lo que Ferrajoli ha llamado una "garantía negativa secundaria", que consiste en "la anulación o en la desaplicación de las normas legales contrarias a las normas constitucionales y que violan, por tanto, su garantía negativa primaria" (no producir normas

forma en que los Estados diseñan la implementación de esta figura es variada, pero no hay duda de que es un buen instrumento para acortar la brecha entre la protección formal y la material. Asimismo, los nuevos diseños constitucionales han contemplado organizaciones para la protección de derechos, lo que se ha traducido en la creación de instituciones nacionales de derechos humanos, algunas de estas consagradas constitucionalmente.¹⁴

Por último, no podemos dejar de mencionar el impacto del proceso de convergencia en aquellas materias de mayor complejidad para la protección de los derechos humanos que son los casos de violaciones estructurales de derechos humanos. En estas situaciones, las sentencias estructurales dictadas por las altas cortes nacionales han sido un mecanismo relevante para activar tanto medidas particulares para el caso concreto como un conjunto coherente y coordinado de políticas con que erradicar las situaciones que permiten, fomentan y producen dichas violaciones estructurales.¹⁵

En suma, los diversos diseños constitucionales confluyen en el uso de ciertos instrumentos que les permiten una protección efectiva de derechos humanos, mediante la convergencia de estándares nacionales e internacionales de derechos humanos.

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA DE 2011 EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

En este proceso de convergencia entre la protección nacional e internacional de derechos humanos, el caso de México era de especial preocupación. Si bien el modelo constitucional mexicano a principios del siglo XX había sido líder mundial en la consagración constitucional de los derechos humanos y en el diseño de un mecanismo constitucional para la protección de derechos, con los años dicho liderazgo había quedado en el pasado y sus prácticas en materia de protección de derechos humanos estaban muy rezagadas respecto de los avances habidos en la región las últimas décadas. El tardío proceso de democratización política en México desde 2003 no se había traducido en una renovación de su diseño constitucional

legales que violen o deroguen normas constitucionales). Véase Ferrajoli, Luigi, "La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos", en *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid-México, Fontamara, 2008.

¹⁴ Escobar, Guillermo *et al.*, *El Ombudsman y la doctrina internacional de los derechos humanos: un diálogo necesario*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, 2019.

¹⁵ Nash y Núñez, *op. cit.*, cap. 3.

que le permitiera avanzar en mejor y más profundo reconocimiento y protección de derechos humanos.

En cuanto al diseño formal, hasta el año 2011 existía consenso en cuanto a que la jerarquía formal de los tratados internacionales era infraconstitucional, pero supralegal en virtud del artículo 133 de la Constitución.¹⁶ Pese a ello, los precedentes jurisprudenciales contemplaban la posibilidad de una excepción respecto de los tratados de derechos humanos y una posición jerárquica distinta de los mismos,¹⁷ en el sentido de mejorar su posición jerárquica dentro del sistema de normas mexicano.

En junio del año 2011 se realizó una reforma a la Constitución mexicana que marcó un hito para la discusión sobre la recepción formal del DIDH en el derecho interno mexicano.¹⁸ La modificación al artículo 1o. de la Constitución¹⁹ llevó a la doctrina a plantear un cambio de paradigma en relación con la recepción

¹⁶ Artículo 133 de los Estados Unidos Mexicanos: "Esta constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la república, con aprobación del senado, serán la ley suprema de toda la unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados".

¹⁷ SCJN, Amparo en Revisión 1475/98 y Amparo en Revisión 120/2002. Véase Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La aplicación judicial de los derechos humanos de fuente internacional (algunos de sus problemas, retos y propuestas de solución)", *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo*, t. V, vol. II: *Derechos Humanos*, Carbonell, Miguel, et al. (comps.), México, UNAM, 2015, pp. 279-320.

¹⁸ Carbonell, Miguel, "Derechos Humanos en la Constitución Mexicana", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Caballero, José y Steiner, Christian (eds.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional y latinoamericana*, México, SCJUN, Konrad Adenauer Stiftung, UNAM, 2013, pp. 19-46; Carpizo, Jorge, "La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XII, 2012, pp. 801-858.

¹⁹ El nuevo artículo 1o. de la Constitución: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece"; "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia"; "Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley"; "Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes"; "Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas".

del DIDH en el ámbito interno y, en general, respecto de la protección de los derechos humanos,²⁰ pues este artículo traslada el debate clásico, que resuelve el tema de la recepción del DIDH en términos de jerarquía, hacia una visión basada en la efectividad y amplitud de la protección de los derechos humanos, en la medida en que se consagra el principio *pro persona* a nivel constitucional, resolviéndose el asunto a nivel interpretativo.²¹ Asimismo, en mayo del mismo año se reformó el juicio de amparo en la Constitución y, entre otras materias, se amplió su procedencia para violaciones de los derechos humanos plasmados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte (nuevo art. 103, I).²²

Sobre las siguientes materias el nuevo modelo mexicano constituye un aporte sustantivo al debate regional: interpretación conforme, principio *pro persona*, obligaciones generales y relación con el DIDH.²³ Con respecto a la relación de la Constitución con la normativa internacional, el artículo 1o. reformado reconoce que las personas gozarán no solo de los derechos que la Constitución les reconoce, sino también de aquellos reconocidos en los “tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. En cuanto a la interpretación conforme, se consagra el mandato de interpretar el sistema normativo mexicano acorde con las obligaciones constitucionales y “los tratados internacionales de la materia”, y se lo complementa con un segundo criterio interpretativo, al agregarse que esta interpretación debe hacerse “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia” (principio *pro persona*). Finalmente, en relación con las obligaciones que impone a las autoridades, la Constitución es explícita y establece las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, recogiendo la más completa doctrina sobre las características

²⁰ Salazar, Pedro y Carbonell, Miguel (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. 9.

²¹ Caballero, José Luis, *La interpretación conforme: el modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.

²² Artículo 103 reformado: “Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.

²³ Pelayo, Carlos, *Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, *Derechos humanos en la Constitución: comentario de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2013; Salazar, Pedro *et al.*, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2014; Cossío, José Ramón *et al.* (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.

de los derechos humanos;²⁴ además, formula un mandato explícito respecto de las violaciones de derechos humanos, al disponer que el “Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar” estos actos en los términos que establezca la ley, creando un mandato normativo claro al legislador.

Pese a esta centralidad de los derechos humanos que desarrolla la reforma de 2011, uno de los problemas que se generó es que persistió el artículo 133 de la Constitución, por lo que la jurisprudencia tuvo que determinar cómo se debía armonizar este artículo a la luz del nuevo artículo 1o. constitucional. Dicho artículo 133 tiene la clásica fórmula de preeminencia del derecho interno (Constitución por sobre tratado internacional) en tanto serán ley suprema de la unión los tratados “que estén de acuerdo” con la Constitución.²⁵

Desde la experiencia de aplicación de la reforma la clave está en el primer hito jurisprudencial²⁶ posterior a la reforma del año 2011, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México asume el nuevo paradigma de la operatividad de la interpretación.²⁷ En esta sentencia también se asentó la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH y la necesidad de realizar un control de convencionalidad *ex officio*.²⁸ Desafortunadamente, la misma SCJN, frente a las restricciones previstas en la Constitución, optó por una solución que nuevamente vuelve al sistema jerárquico tradicional, priorizando la Constitución, aun cuando esta sea evidentemente incompatible con las obligaciones internacionales del Estado mexicano en materia de libertad personal,²⁹ siendo particularmente complejo el caso de la figura del arraigo.³⁰

²⁴ Serrano, Sandra y Vásquez, Daniel, *Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos*, México, Flacso, 2013.

²⁵ Lara, Roberto, “Artículo 133”, en Cossío, José Ramón *et al.* (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 2247-2252.

²⁶ SCJN, Expediente Varios 912/2010, de 15 de julio de 2011. En esta sentencia, la SCJN se pronunció acerca de las obligaciones del Poder Judicial de la Federación en relación con el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2009, Serie C, No. 209.

²⁷ Paradigma de la interpretación conforme, véase SCJN, Expediente Varios 912/2010, 15 de julio de 2011, párr. 33.

²⁸ Sobre los principales aspectos de esta sentencia, véase Centro de Derechos Humanos, *Edición especial boletín de jurisprudencia de la Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México*, Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2013.

²⁹ SCJN, Contradicción de Tesis 293/2011, 3 de septiembre de 2013. Reiterada en Expediente Varios 1396/2011, 11 de mayo de 2015.

³⁰ Artículo 16: “La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá

En cuanto a la protección de derechos humanos, incluidos los consagrados en los tratados internacionales, la protección jurisdiccional se ha ampliado y profundizado en variadas materias vinculadas con las libertades fundamentales³¹ y se dieron mayores atribuciones a los organismos nacionales de derechos humanos.³² Empero, en materia de discriminaciones estructurales, la SCJN no ha seguido la tendencia regional para dictar sentencias con un sentido más complejo que apuntan a los problemas basales de dichas situaciones de inequidad.³³

Como señala Francisca Pou, esta es una arquitectura profundamente inestable, pues cada vez que la SCJN debe aplicar DIDH vuelve a rediscutir la temática, lo que genera inseguridad jurídica.³⁴ En efecto, la interpretación de la SCJN en materia de derechos humanos ha tenido luces y sombras. Así pues, el máximo tribunal mexicano ha acogido la figura del control de convencionalidad y les ha dado un estatus constitucional a los compromisos internacionales, pero, a la vez, ha establecido que las restricciones constitucionales en materia de derechos humanos constituyen un límite a las obligaciones internacionales. Con ello la interpretación jurisdiccional le resta eficacia a la protección de derechos humanos y diluye el nuevo compromiso con el DIDH que suponía el nuevo diseño constitucional.

En síntesis, el caso mexicano aporta un dato relevante para la protección integral de los derechos humanos en la región. La intencionalidad no es suficiente para garantizar que el diseño constitucional se traduzca en una mejora sustantiva

prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

³¹ Niembro, Roberto, *La argumentación constitucional de la Suprema Corte. A diez años de la reforma de derechos humanos*, México, UNAM, 2021.

³² El artículo 102, apartado B, dispone: "La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo federal, alguna de las cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un Estado, el jefe de Gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas". El artículo 105 II g: "Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal".

³³ Hay algunos ejemplos aislados de sentencias más complejas, como el Amparo en Revisión 378/2014 (acceso a la salud de personas con VIH/SIDA) o el Amparo Directo 9/2018 (inscripción de trabajadores de casa particular en el seguro social).

³⁴ Pou, Francisca, "Recepción jurisprudencial del DIDH en la SCJN", Seminario "Recepción jurisprudencial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: experiencias comparadas", Santiago, Universidad de Chile, 3 de diciembre de 2015.

de los derechos humanos. Es necesario tener en consideración una mirada integral del diseño constitucional y las posibles tensiones entre las instituciones de una Constitución y el objetivo de centralidad en los derechos humanos.

V. ¿UN NUEVO CICLO DE REFORMAS CONSTITUCIONALES EN LA REGIÓN?

Luego de varias décadas en que se fue consolidando la democracia en la región y parecía que la estabilidad institucional estaba garantizada, comenzamos a vivir un nuevo ciclo de convulsiones sociales y de crisis institucionales.³⁵ Como hemos visto, la historia nos muestra que estos procesos políticos latinoamericanos están íntimamente ligados con ciclos constitucionales. Un primer ciclo dice relación con la instauración democrática (años ochenta y noventa) y un segundo ciclo está vinculado con la ampliación de derechos y participación (años 2000). La pregunta es si las actuales crisis políticas inaugurarán uno nuevo y cuál será el rol de los derechos humanos en dicho proceso.

El actual contexto de crisis democrática en la región está marcado por masivas manifestaciones públicas y una respuesta estatal basada en violaciones de derechos humanos.³⁶ Empero, procesos de protesta social, vinculados con las inequidades endémicas del continente, autoritarismos de distinto signo, profundización del

³⁵ Los primeros atisbos de crisis se presentaron con las tensiones institucionales en el caso de Venezuela a través de una política de concentración de poder en el Ejecutivo y de restricciones en materia de derechos humanos (profundizada por el presidente Nicolás Maduro desde 2017). Todo ello sobre la base de mayorías electorales que permitían avanzar en este proceso sin alterar la regla de mayorías. Nicaragua ha seguido la misma senda de regresión autoritaria bajo el gobierno de Daniel Ortega (profundizada desde 2018), y El Salvador, bajo la presidencia de Nayib Bukele (profundizada desde su triunfo electoral en las parlamentarias de 2021), parece transitar hacia una peligrosa captura institucional. Previamente, ya se habían dado los casos de golpes de Estado en Honduras (2009) y, más recientemente, en Bolivia (2019) prenden las alertas a formas tradicionales de fuerza para torcer el destino democrático de los países de la región. Asimismo, el *impeachment* de Fernando Lugo en Paraguay (2012) y, luego, Dilma Rouseff (2016) en Brasil marcan una nueva tendencia de casos de *lawfare* en la región, donde se usan mecanismos constitucionales para alterar la voluntad soberana. El triunfo de Jair Bolsonaro en Brasil (2019-2022) marca la senda y a él se suman Mauricio Macri en Argentina (2015-2019), Iván Duque en Colombia (2018-2022), Sebastián Piñera en Chile (2018-2022); el caso de Ecuador es distinto (2017-2021), donde triunfa un gobierno de continuidad al presidente Rafael Correa, pero luego, ya en el poder, cambia de enfoque político y aplica políticas propias de los gobiernos neoliberales de la región.

³⁶ Desde 2017 comienza un proceso de tensión social en la región con las manifestaciones en Venezuela (2017) y Nicaragua (2018) en contra del creciente autoritarismo de sus gobiernos, a lo que se sumó luego una oleada de movilizaciones sociales en contra de las medidas neoliberales en Argentina (2018), que se traduce en el triunfo del peronista Alberto Fernández en las elecciones de 2019; a esto le siguen una serie de protestas sociales en 2019, donde destacan los casos de Chile, Ecuador y Colombia. En 2020/2021 hay manifestaciones en Paraguay, Perú y, nuevamente, en Colombia. Inéditamente, en Cuba, también se registraron protestas sociales en julio de 2021.

descontento por la situación económica y sanitaria generada por la pandemia del covid-19, han tenido resultados político-institucionales de distinto cuño. En el caso ecuatoriano hubo una negociación entre los movimientos que lideraban las protestas y el gobierno de L. Moreno.³⁷ En Perú, hubo una sucesión de presidentes, acusados de corrupción (P. Kuczynski 2016-2018 y M. Vizcarra 2018-2020) y violencia represiva (M. Merino 2020), que terminaron con un gobierno de transición encabezado por F. Sagasti (2020-2021) hasta las elecciones de 2021. Los casos más complejos han sido Chile y Colombia, donde las protestas desencadenaron una dura represión por parte de estos gobiernos y la crisis social devino en una crisis de derechos humanos.

Es en este convulsionado contexto, con crisis que se suceden, algunas se agudizan y la democracia en la región vuelve a estar en riesgo, donde surge un interesante elemento común en varios de los procesos que hemos reseñado: una nueva Constitución como salida al conflicto. Efectivamente, en el caso del Perú se discute una reforma constitucional o una nueva Constitución, y en Colombia se viene planteando el tema de una nueva Constitución desde el Acuerdo de Paz. El caso de Chile es el más emblemático, ya que las manifestaciones iniciadas en octubre de 2019 gatillaron un proceso constitucional para cambiar la Constitución heredada de la dictadura de Pinochet (1973-1990) que ha tenido un enorme respaldo ciudadano y que debiera cerrar un ciclo político en el país y abrir uno nuevo a partir de un nuevo acuerdo político institucional con legitimidad democrática.³⁸

Un nuevo ciclo constituyente en la región daría paso, indiscutiblemente, a un desafío desde la perspectiva de los derechos humanos. Conviene considerar que una demanda ciudadana común en la región es dar un lugar central a los derechos humanos en el diseño constitucional, y dicha centralidad de los derechos humanos en el acuerdo constitucional exige ir más allá de los catálogos. En efecto, en los procesos constitucionales liberales clásicos, el tema de los derechos humanos pasaba por un catálogo de derechos y libertades que impusieran ciertos límites al ejercicio del poder, a lo que se suman Constituciones que desarrollan mecanismos de protección normativos y orgánicos y, luego, procesos constituyentes que amplían los catálogos y suman una especial preocupación por los grupos históricamente discriminados. Sin embargo, tal como lo sostiene Roberto Gargarella, estos diseños constitucionales siguen operando sobre la base de una matriz

³⁷ En las elecciones de 2021 las gana un nuevo gobierno de derecha encabezado por Guillermo Lasso (2021-2025).

³⁸ El 25 de octubre de 2020, en un plebiscito nacional, se aprobó la idea de dar inicio a un proceso constituyente con un 78% de aprobación y el 16 de mayo de 2021 se eligió una constituyente con amplia representación de sectores del progresismo en el país.

tradicional de distribución del poder, lo que impide dar efectividad a los derechos consagrados constitucionalmente.³⁹

A partir de un nuevo enfoque de derechos humanos en la región, estos deberían cruzar todo el diseño constitucional. De esta forma, se precisa que los derechos humanos estén presentes en los principios constitucionales, entregando mandatos claros a las autoridades sobre sus obligaciones en la materia; resolver adecuadamente la relación entre los compromisos internacionales en esta materia y su recepción en el sistema normativo interno; consagrar catálogos de derechos robustos que den cuenta integralmente de derechos de distinta categoría; una efectiva protección de grupos históricamente discriminados; contar con mecanismos efectivos de protección de los derechos consagrados constitucionalmente; y diseñar verdaderos sistemas de derechos humanos a través de órganos encargados de su promoción y garantía.

Asimismo, es importante que el diseño de la estructura de poder esté concordado con la centralidad de los derechos humanos en el diseño constitucional. De esta forma, la manera de concebir los poderes del Estado, los mecanismos de pesos y contrapesos, los procedimientos de toma de decisiones, junto con la estructura, atribuciones y límites a los poderes ejecutivos y legislativos, deben estar acordes con los derechos de igualdad y participación. Además, los poderes judiciales y órganos judiciales autónomos deben estructurarse para cumplir eficazmente con un rol contramayoritario y dar efectividad a los derechos fundamentales, y para ello es central su independencia tanto como lo es garantizar su rendición de cuentas y el debido proceso, más una adecuada regulación de los órganos autónomos, como parte esencial de nuevos diseños constitucionales que tengan los derechos humanos como centro del acuerdo político institucional.⁴⁰ En síntesis, la centralidad de los derechos humanos debe cruzar completamente los nuevos diseños constitucionales.

VI. LECCIONES DEL CASO MEXICANO PARA LA REGIÓN

La experiencia de la reforma constitucional mexicana de 2011 puede ser una enorme contribución a este debate regional sobre un nuevo ciclo constituyente donde los derechos humanos sean un elemento central para el diseño

³⁹ Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, España, Katz, 2015.

⁴⁰ Nash, Claudio et al., *Insumos para una nueva constitución fundada en derecho humanos*, Bogotá, Programa Estado de Derecho, Fundación Konrad Adenauer y Fundación Diálogo Jurisprudencial, 2020, pp. 12-40.

político-institucional. Este aporte puede expresarse en tres lecciones: diseño constitucional para relevar los derechos humanos, coherencia del sistema y prevención de los problemas de implementación.

No hay duda de que el artículo 1o. reformado de la Constitución mexicana es un punto de partida para cualquier discusión constitucional en la región. La manera como resuelve la reforma de 2011 la centralidad de los derechos humanos, partiendo de la norma básica del sistema (artículo 1o.) que irradia todo el diseño constitucional, es un aporte fundamental. Así, cualquier diseño constitucional que se tome en serio los derechos humanos debiera discutir las cuestiones básicas propuestas en el nuevo artículo 1o.: interpretación conforme; principio *pro persona*; obligaciones generales de respeto, garantía y no discriminación con rango constitucional; igualdad y no discriminación; y un mandato explícito a las autoridades frente a violaciones de derechos humanos.

Una segunda lección del proceso mexicano, de relevancia para la región, es la necesidad de abordar en forma coherente y sistémica la relación entre los principios que uniforman el sistema y la forma en que se acoge en el ámbito interno el derecho internacional de los derechos humanos. Sin duda, el caso mexicano nos demuestra que reformar la parte dogmática, fortaleciendo los derechos humanos, pero no concordar esto con las normas sobre jerarquía de las normas en el derecho interno, genera problemas. Así, hemos visto que reformar el artículo 1o. de la Constitución de 1917, pero manteniendo el artículo 133 inalterado (con primacía de las normas internas sobre las internacionales), abre un espacio para interpretaciones restrictivas que deben ser evitado en un diseño constitucional coherente. En este sentido, todo diseño constitucional debe resolver explícitamente la relación del derecho interno con el derecho internacional, particularmente con el derecho internacional de los derechos humanos. Se puede argumentar que basta una norma como la de interpretación conforme para resolver e incluso superar el tema de la jerarquía de las normas, pero esto en sistemas normativos jerárquicos y con operadores de justicia con visiones formalistas genera mayores problemas que soluciones. Aquí es evidente que la teoría debe ceder ante la práctica, si queremos efectiva protección de derechos humanos a nivel jurisdiccional.

Es evidente que no es posible prever todos los posibles problemas de implementación de nuevos diseños constitucionales. Incluso, puede ser que, pese a textos en teoría progresistas, pervivan interpretaciones restrictivas (como en el caso del Tribunal Constitucional Boliviano) o interpretaciones que, por la vía de las excepciones, hagan imposible la centralidad de los derechos humanos (como en el caso mexicano). Consecuencialmente, es necesario diseñar un sistema desde los derechos humanos que limite estas desviaciones interpretativas, y en este terreno

la experiencia mexicana es un caso a seguir con atención. La clave parece estar en darle coherencia interna al sistema constitucional sin dejar espacios para estas regresiones en la materia.

En suma, los diseños institucionales son esenciales para mejorar la protección de derechos humanos en nuestro continente, pero no son suficientes, sino que deben ir acompañados de profundos compromisos institucionales y sociales en la tarea de darles efectividad.

VII. CONCLUSIONES

Las últimas tres décadas marcan uno de los periodos más interesantes en la historia democrática de la región, donde se ha podido ampliar la protección de los derechos humanos. En ese proceso, la convergencia entre la protección nacional e internacional ha sido un aporte sustancial. La recepción formal y luego sustantiva de estándares internacionales en el ámbito interno ha permitido ampliar y profundizar la protección de derechos humanos desde el punto tanto normativo como jurisprudencial.

En este proceso, la reforma constitucional de México en 2011 marca un hito relevante. En este artículo nos hemos centrado en el aporte que ha hecho dicha reforma en estos procesos de convergencia sustantiva entre la protección nacional e internacional y hemos destacado el artículo 1o. reformado como un paradigma de un nuevo modelo constitucional para recoger los derechos humanos como el centro del acuerdo constitucional. Cuestiones como la interpretación conforme, el principio *pro persona* y mandatos constitucionales claros a las autoridades en materia de derechos humanos son hoy parte del acervo constitucional regional.

Asimismo, la experiencia de implementación de la reforma de 2011 es una importante lección para la región acerca de los riesgos de no hacer una reforma integral al texto constitucional que se haga cargo del debate sobre la jerarquía de los instrumentos de derechos humanos en el ámbito interno y las posibilidades de interpretaciones restrictivas, como la que ha hecho la SCJN en materia de restricciones constitucionales por sobre los compromisos internacionales, que también son un desafío que se debe tener presente.

En una región donde vuelve a plantearse el tema constitucional con fuerza como una forma de dar solución a profundos conflictos político-sociales, como ocurre en Chile, Colombia y Perú, la experiencia mexicana es muy importante. Así, un nuevo ciclo constitucional puede ser una oportunidad para que los nuevos diseños constitucionales den centralidad a los derechos humanos, y en esto puede

jugará un rol la experiencia de la reforma mexicana de 2011, con sus elementos virtuosos y sus déficits es central. Iniciar la discusión desde una experiencia exitosa, también con problemas, es una ventaja para quienes comienzan a transitar un nuevo ciclo constituyente en la región.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Paola, “Zombis vs. Frankenstein: ‘Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno’”, *Revista de Estudios Constitucionales*, año 14, núm. 1, 2016, pp. 15-60.
- CABALLERO, José Luis, *La interpretación conforme: el modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.
- CARBONELL, Miguel, “Derechos Humanos en la Constitución Mexicana”, en MAC-GREGOR, Eduardo, CABALLERO, José y STEINER, Christian (eds.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional y latinoamericana*, México, SCJUM, Konrad Adenauer Stiftung, UNAM, 2013, pp. 19-46.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “La aplicación judicial de los derechos humanos de fuente internacional (algunos de sus problemas, retos y propuestas de solución)”, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo*, t V, vol. II: *Derechos Humanos*, CARBONELL, Miguel et al. (comps.), México, UNAM, 2015, pp. 279-320.
- CARPIZO, Jorge, “La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XII, 2012, pp. 801-858.
- CASTILLA, Karlos, “El principio *pro persona* en la administración de justicia”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 20, 2009, pp. 65-83.
- CENTRO DERECHOS HUMANOS, *Edición especial boletín de jurisprudencia de la Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México*, Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2013. <https://boletin corteidh.uchile.cl/index.php/BCDH/issue/view/4536>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH) y MINISTERIO FISCAL, *Diálogos: el impacto del sistema interamericano de derechos humanos en el ordenamiento interno de los Estados*, Buenos Aires, Eudeba, 2013.
- CORTE IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de Convencionalidad*, núm. 7, 2019. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>
- COSSÍO, José Ramón et al. (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.

- DEL TORO, Mauricio, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 11, 2005, pp. 325-363.
- ESCOBAR, Guillermo *et al.*, *El Ombudsman y la doctrina internacional de los derechos humanos: un diálogo necesario*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, 2019.
- FERRAJOLI, Luigi, “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, en *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid-México, Fontamara, 2008.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.*, *Derechos humanos en la Constitución: comentario de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2013.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 1, 2004, pp. 141-180.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales): algunas cuestiones relevantes”, en *El futuro del sistema interamericano de los derechos humanos*, Documento de trabajo No. 3, The Center for Civil & Human Rights, University of Notre Dame, mayo 2014.
- GARCÍA, Leonardo, “De la ‘constitucionalización’ a la ‘convencionalización’ del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 36, 2016, pp. 131-166.
- GARCÍA-SAYÁN, Diego, “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo 1979-2004*, San José, Corte IDH, 2005, pp. 323-384.
- GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, España, Katz, 2015.
- LARA, Roberto, “Artículo 133”, en Cossío, José Ramón *et al.* (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 2247-2252.
- MAINWARING, Scott y PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal, *Democracias y dictaduras en América Latina. Surgimiento, supervivencia y caída*, México, Fondo Cultura Económica, 2019.
- NASH, Claudio *et al.*, *Insumos para una nueva constitución fundada en derecho humanos*, Bogotá, Programa Estado de Derecho, Fundación Konrad Adenauer y Fundación Diálogo Jurisprudencial, 2020, pp. 12-40. <https://www.kas.de/es/web/rspla/einzel-titel/-/content/lanzamiento-ideas-ciudadanas-bases-insumos-para-una-nueva-constitucion-fundada-en-ddhh-teniendo-en-c>
- NASH, Claudio, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias jurisprudenciales*, México, Fontamara, 2010.
- NASH, Claudio, “El bloque de constitucionalidad y su recepción en la jurisprudencia: tendencias en Latinoamérica”, en *Control de convencionalidad: de la dogmática a la implementación*, México, Porrúa, 2013.

- NASH, Claudio y NÚÑEZ, Constanza, *La dimensión estructural de la garantía jurisdiccional de derechos humanos. El caso chileno y el contexto internacional*, México, Tirant lo Blanch, 2020, caps. 3 y 9.
- NIEMBRO, Roberto, *La argumentación constitucional de la Suprema Corte. A diez años de la reforma de derechos humanos*, México, UNAM, 2021.
- NOGUEIRA, Humberto, “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Santiago, vol. 13, núm. 2, 2015, pp. 301-350.
- NÚÑEZ, Constanza, “Apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en una nueva Constitución”, *Ius et Praxis*, vol. 24, núm. 3, 2018, pp. 379-420.
- PELAYO, Carlos, *Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.
- POU, Francisca, “Recepción jurisprudencial del DIDH en la SCJN”, Seminario “Recepción jurisprudencial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: experiencias comparadas”, Santiago, Universidad de Chile, 3 de diciembre de 2015.
- RODRÍGUEZ, Gabriela, “Artículo 29. Normas de interpretación”, en STEINER, Christina y URIBE, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios*, México, SCJM, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 706-714.
- RODRÍGUEZ, Graciela et al., *Bloque de constitucionalidad en México*, 1 ed., México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013.
- SALAZAR, Pedro et al., *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2014.
- SALAZAR, Pedro y CARBONELL, Miguel (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.
- SERRANO, Sandra y VÁSQUEZ, Daniel, *Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos*, México, Flacso, 2013.
- UPRIMNY, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 109-137.
- UPRIMNY, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2006.
- VÍCIANO, Roberto y MARTÍNEZ, Rubén, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010, pp. 1-24.

VON BOGDANDY, Armin, “Configurar la relación entre el derecho internacional constitucional y el derecho internacional público”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y VON BOGDANDY, Armin (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, IIJ-UNAM, 2010, pp. 559-582.

Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), Caso Radilla Pacheco vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2009, Serie C, No. 209.

CORTE IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5, párr. 51.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), Amparo Directo 9/2018.

SCJN, Amparo en Revisión 1475/98.

SCJN, Amparo en Revisión 120/2002.

SCJN, Amparo en Revisión 378/2014.

SCJN, Contradicción de Tesis 293/2011, 3 de septiembre de 2013.

SCJN, Expediente Varios 912/2010, 15 de julio de 2011.

SCJN, Expediente Varios 1396/2011, 11 de mayo de 2015.