

CEDHJ
Comisión Estatal
de Derechos Humanos
Jalisco



Colección de estudios
en **Derechos Humanos**

Coordinación

Alfonso Hernández Barrón
José de Jesús Chávez Cervantes

Dirección

Hernández Barrón &
Chávez Cervantes

XIII.

A diez años
de la **Reforma**
Constitucional
de los **Derechos**
Humanos

Colección de Estudios en Derechos Humanos
Tomo XIII. A diez años de la reforma constitucional de derechos humanos

Corrección de estilo: John Allan Grymes de Icaza & María del Socorro Capetillo Pérez

Imagen de portada y diseño editorial: Oscar Ascary Aréchiga Del Toro

Primera edición 2021

DR.©2021 Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamaxtli.

Pedro Moreno 1616, colonia Americana, Código Postal 44160, Guadalajara, Jalisco, México. Tel. 800 201 8991. <http://cedhj.org.mx>

ISBN de Obra Completa: 978-607-99138-0-9

ISBN del Volumen: 978-607-99340-4-0

La Colección de Estudios en Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución No Comercial. Todos los derechos reservados. Esta edición y sus características son propiedad de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco y del Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamaxtli. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio o procedimiento distinto a los autorizados expresamente por los titulares de los derechos patrimoniales de la obra. Impreso y hecho en México / Printed and made in México

ISBN: 978-607-99138-0-9



ISBN: 978-607-99340-4-0



Colección de Estudios en Derechos Humanos de
la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco

Consejo Asesor

Francisco Javier Ansuátegui Roig
Universidad Carlos III de Madrid

María del Carmen Barranco Avilés
Universidad Carlos III de Madrid

Guillermo Escobar Roca
Universidad de Alcalá de Henares

Andrea Arabella Ramírez Montes de Oca
Universidad Nacional Autónoma de México

Tadeo Eduardo Hübbe Contreras
Universidad de Guadalajara

CEDHJ
Comisión Estatal
de Derechos Humanos
Jalisco



**Instituto de
Derechos Humanos
Francisco Tenamxtili**
www.observatorio.org.mx

Tomo XIII. A diez años de la reforma constitucional de derechos humanos de la Colección de Estudios en Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco

Dirección editorial de la Colección

Alfonso Hernández Barrón
José de Jesús Chávez Cervantes

Coordinadores del Tomo

Alfonso Hernández Barrón
José de Jesús Chávez Cervantes

Autores(as)

Alfonso Hernández Barrón
Tatiana Esther Anaya Zúñiga
José Barragán Barragán
Rosalinda Mariscal Flores
Karla Noemi Robles Rodríguez
Teresa Magnolia Preciado Rodríguez
Dante Jaime Haro Reyes
Francisco Antonio Ramírez Frausto
Guillermo A Gatt Corona
Germán Cardona Müller
Eva Natalia Vilchis Flores
Kristyan Felype Luis Navarro
Rogelio Barba Álvarez
Maria Camerina Orozco Sosa
Ilse Carolina Torres Ortega
Tadeo Eduardo Hübbe Contreras
José Luis Prado Maillard
María Alejandra Villagómez Sánchez
Rafael Amézquita Castellanos

A diez años de la reforma constitucional de derechos humanos

Colección de Estudios en Derechos Humanos

Índice

Prólogo <i>Alfonso Hernández Barrón</i>	5
Introducción <i>José de Jesús Chávez Cervantes</i>	9
Capítulo I. El ombudsperson municipal: Una propuesta local para conformar un sistema integral de protección no jurisdiccional de derechos humanos a nivel nacional. <i>Alfonso Hernández Barrón</i>	12
Capítulo II. El interés superior de la niñez a partir de la reforma constitucional de 2011. <i>Tatiana Esther Anaya Zúñiga</i>	23
Capítulo III. La suprema corte y su comportamiento de tribunal constitucional. <i>José Barragán Barragán</i>	33
Capítulo IV. La globalización de los derechos humanos a través de la reforma constitucional. <i>Rosalinda Mariscal Flores</i> <i>Karla Noemi Robles Rodríguez</i>	50
Capítulo V. El derecho internacional de los derechos humanos y la transformación de la soberanía en México a partir de 2011. <i>Teresa Magnolia Preciado Rodríguez</i>	63
Capítulo VI. Los alcances, realidades actuales y agenda pendiente de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos, construcción esquemática a diez años de su implementación. <i>Dante Jaime Haro Reyes</i> <i>Francisco Antonio Ramírez Frausto</i>	80
Capítulo VII. De Westfalia a la reforma constitucional de 2011: Una sucesión de eventos subversivos. <i>Guillermo Alejandro Gatt Corona</i>	92
Capítulo VIII. Los retos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la construcción judicial de la dignidad humana a raíz del concepto de familia ampliada. <i>Germán Cardona Müller</i>	110

<p>Capítulo IX. En defensa de las defensorías: La imprescindible necesidad de protección no jurisdiccional a diez años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en México. <i>Eva Natalia Vilchis Flores</i> <i>Kristyan Felype Luis Navarro</i></p>	124
<p>Capítulo X. Interpretación del principio personalístico a raíz de la reforma constitucional de 2011. <i>Rogelio Barba Álvarez</i> <i>María Camerina Orozco Sosa</i></p>	136
<p>Capítulo XI. Sobre la fundamentación de los derechos humanos. La Propuesta de Carlos S. Nino. <i>Isse Carolina Torres Ortega</i></p>	146
<p>Capítulo XII. Retos y debates del sistema de justicia penal en México ante el fenómeno de la delincuencia organizada: A una década de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos. <i>Tadeo Eduardo Hübbe Contreras</i></p>	158
<p>Capítulo XIII. Aspectos jurídicos del nuevo modelo de seguridad. <i>José Luis Prado Maillard</i> <i>María Alejandra Villagómez Sánchez</i></p>	174
<p>Capítulo XIV. La deuda democrática del constitucionalismo mexicano. <i>Rafael Amézquita Castellanos</i></p>	189

Prólogo

Alfonso Hernández Barrón

A diez años de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, aún permea una demanda colectiva de la población para que esta se concrete. México tiene que responder ante el mundo frente a una constante descomposición de su régimen democrático, donde las personas cada vez se sienten más insatisfechas con los resultados de esta forma de gobierno (Mounk, 2017). La adhesión al Estado de derecho se erosiona cada año, en lo que parece una pérdida en la batalla para prevenir y controlar la corrupción o garantizar estas prerrogativas, como lo revela el World Justice Project (México, 2020).

Tal como lo plantea Gargarella (2021) en *El derecho como conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano*, se está ante un fenómeno bastante común en Latinoamérica. Existen más tratados internacionales en materia de derechos humanos, a la vez que se aumenta su catálogo en las constituciones, pero las instituciones mantienen esquemas clientelares, que excluyen la deliberación pública, es decir, el diálogo entre iguales. El paradigma de la democracia constitucional requiere de un constitucionalismo dialógico, donde los resultados de la reforma de 2011 acepten la importancia que cada visión del mundo tiene para configurar la aplicación y adjudicación de estas prerrogativas. Esto es un diálogo en el que se deliberen los distintos mundos constitucionalmente posibles.

Lo anterior, es lo que falta para hacer posible el anhelo de los derechos humanos. Se trata de un reto gigantesco, que pone en el centro a la filosofía jurídica y política sin desconocer que este nuevo proyecto se vuelca hacia la creciente interdependencia global, que impulsa a toda la humanidad a un constitucionalismo cosmopolita, a fin de erradicar las barreras que pueden violar la dignidad humana.

La obra colectiva que se prologa se titula *A diez años de la reforma constitucional en derechos humanos* y conforma una aportación más en la Colección de Estudios en Derechos Humanos. Las 19 autoras y autores que participan reflexionan sobre este nuevo paradigma e integran una óptica transversal y multidisciplinaria, que se traducirá en la apertura de debates para profundizar en la consolidación de la democracia constitucional nacional e internacionalmente. Su valía consiste en que traen nuevas dudas e inquietudes acorde a una aproximación original y lo más importante: con una enorme utilidad para el mundo académico.

El primer capítulo, de Alfonso Hernández Barrón, “El ombudsperson municipal: Una propuesta local para conformar un sistema integral de protección no jurisdiccional de derechos humanos a nivel nacional”, realiza un análisis documental sobre la regulación del sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos para mostrar que este ya no responde a las exigencias de la población que requiere un sistema integral. La propuesta sugiere la creación de las defensorías municipales. Si bien se trata de una proposición que fue conformada en Colombia, trasciende las limitaciones que este país experimentó, a la vez que pretende conformar un sistema de información entre diversos niveles de gobierno. Asimismo, se quiere superar el sistema de elección de quienes conforman estos organismos constitucionales autónomos para que se considere en su integración la igualdad de género, así como a los pueblos originarios.

“El interés superior de la niñez a partir de la reforma constitucional de 2011” es el título del capítulo de Tatiana Esther Anaya Zúñiga. Se trata de un análisis histórico y documental sobre el desarrollo paulatino que tiene este principio. Su importancia radica en que, mediante la historicidad, se establecen los retos que deben superarse. Para ello, se recuperan las diversas

reformas que se han tenido a nivel nacional, a fin de precisar un antes y un después del paradigma en materia de derechos humanos. A través de la aproximación teórica, se tiene una mayor certeza hacia el rumbo que ha de tomar el Estado mexicano para concretar el principio en cuestión.

Desde una aproximación de la historia del derecho, José Barragán Barragán, en su capítulo “La suprema corte y su comportamiento de tribunal constitucional”, problematiza el desarrollo de este operador jurisdiccional desde una óptica que favorece una interpretación literal de las diversas reformas realizadas. Se trata de una aportación polémica que pretende reivindicar la interpretación *a contrario* de las facultades de este órgano para resguardar una seguridad jurídica en beneficio de la población.

“La globalización de los derechos humanos a través de la reforma constitucional” es el título del capítulo de Rosalinda Mariscal Flores y Karla Noemí Robles Rodríguez. El escrito establece los avances y retrocesos de los derechos humanos en el Estado mexicano a partir de la internalización del derecho. Más allá de la visión historicista, este análisis documental reflexiona sobre la naturaleza del derecho internacional como fenómeno novedoso que mediante el discurso moral ha tenido un impacto importante para consolidar estas prerrogativas localmente. Con ello se fortalece la óptica por la cual la axiología es un complemento del derecho, que permite que este se legitime en el mediano y largo plazo en un discurso que trasciende cada vez más fronteras.

Teresa Magnolia Preciado Rodríguez en su capítulo “El derecho internacional de los derechos humanos y la transformación de la soberanía en México a partir de 2011” establece descriptiva y documentalmente cómo se ha modificado el concepto de soberanía en sede interna en el Estado mexicano, en la medida que han tenido mayor impacto los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Se resalta la ductilidad con la cual se desarrolla el fenómeno jurídico, donde el principio de supremacía constitucional se diluye constantemente para dar pauta a nuevas formas de entender las democracias contemporáneas. Sin duda, es un escrito que recaba nuevas inquietudes iusfilosóficas sobre el futuro de los derechos humanos en los marcos jurídicos vigentes.

El capítulo sexto se titula “Los alcances, realidades actuales y agenda pendiente de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos, construcción esquemática a diez años de su implementación”, de Dante Jaime Haro Reyes y Francisco Antonio Ramírez Frausto. Desde un análisis documental con esta colaboración se evidencia, bajo un esquema propositivo en los espectros de la atención a víctimas de personas desaparecidas, los derechos de las mujeres y el uso de las fuerzas armadas, la necesidad de reconfigurar la agenda de derechos para el Estado mexicano. Su importancia radica en que, mediante este trabajo académico, se logra una nueva óptica que pretende originar otra dinámica en la regulación jurídico-penal que trate a la persona como un fin y no como un medio.

Guillermo Alejandro Gatt Corona es el autor del capítulo séptimo, titulado “De Westfalia a la reforma constitucional de 2011: Una sucesión de eventos subversivos”. Esta colaboración es importante, pues, desde un análisis historicista serio y profundo, se genera mayor certeza sobre diversos momentos para entender los derechos humanos y la evolución del Estado constitucional de derecho. Con ello se da pauta para entender que existen notorias diferencias entre el momento en que surge el Estado moderno como concepto, así como el nacimiento de un marco constitucional tal como lo entendemos. Gracias a ello se evita caer en equívocos por los cuáles pareciera que siempre existieron derechos humanos, cuando no es así. Asimismo, se comprende la trascendencia y el impacto subversivo que estos momentos han tenido para el derecho.

“Los retos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la construcción judicial de la dignidad humana a raíz del concepto de familia ampliada” es el título del capítulo octavo de Germán Cardona Müller. Desde una óptica post positivista, y mediante un caso de estudio, el autor plantea la importancia que tiene la argumentación jurídica para la construcción adecuada de los conceptos que están estrechamente relacionados con el paradigma de los derechos humanos de 2011. Se analiza la construcción del concepto de dignidad y su relación con el de familia ampliada, para establecer la importancia que tiene la razón práctica, a fin de entender la consolidación de estas prerrogativas a favor de la población. Se trata de una aportación de bastante utilidad para reflexionar tanto a nivel nacional como internacional.

Eva Natalia Vilchis Flores y Kristyan Felype Luis Navarro son los autores del capítulo noveno, titulado “En defensa de las defensorías: La imprescindible necesidad de protección no jurisdiccional a diez años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en México”. Este texto pone especial énfasis en analizar la universalidad axiológica no solo en el mundo, sino como una proyección interna de la conciencia de dignidad, se cuestiona su imposición desde una óptica no plural occidental, que requiere que sea construida desde la base local y en el constante diálogo con las personas. Para ello se realiza un análisis documental de la función que desarrollan las defensorías de derechos humanos en sus actividades no jurisdiccionales.

En el capítulo “Interpretación del principio personalístico a raíz de la reforma constitucional de 2011”, de Rogelio Barba Álvarez y María Camerina Orozco Sosa, se retoma el desarrollo histórico del principio personalístico y su implementación en el sistema jurídico mexicano. Esto permite reivindicar la razón práctica y el humanismo cívico como baluartes que hacen posibles los derechos humanos en México. Se trata de un análisis integral y multidisciplinario que permite vislumbrar cómo este concepto irradia mediante todo el sistema jurídico vigente.

Ilse Carolina Torres Ortega es la autora del capítulo “Sobre la Fundamentación de los Derechos Humanos. La Propuesta de Carlos S. Nino”. Desde una óptica post positivista, esta colaboración trasciende al mostrar que también el nuevo paradigma de derechos humanos requiere de una labor de argumentación constante que no se puede dar por sentada. Retoma como propuesta las aportaciones de Carlos S. Nino, que señala como umbrales los principios de autonomía de la persona, así como el de inviolabilidad y el de dignidad humana. Con ello se genera un mayor marco de certeza en la labor de concreción de estas prerrogativas en el corto, mediano y largo plazo por parte de las autoridades de producción y adjudicación normativas

Tadeo Eduardo Hübbe Contreras, en el capítulo titulado “Retos y debates del sistema de justicia penal en México ante el fenómeno de la delincuencia organizada: A una década de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos”, establece una reflexión ambiciosa, donde señala las limitaciones al sistema jurídico vigente penal ante el nuevo paradigma garantista. Con ello resalta la labor pendiente de erradicar la óptica del derecho penal del enemigo, ello a favor de alternativas que respeten la integridad de la persona. Es un llamado a la innovación jurídica de manera clara y profunda.

José Luis Prado Maillard y María Alejandra Villagómez Sánchez, en el decimotercer capítulo “Aspectos jurídicos del nuevo modelo de seguridad”, establecen mayor claridad sobre la importancia de usar el régimen jurídico de los derechos humanos como lineamiento de políticas públicas que se deben traducir en acciones eficaces y eficientes. Los análisis que proporcionan confirman que en la relación biunívoca de derecho y política debe existir consistencia para concretar la dimensión valorativa del primero a favor de las personas.

El último capítulo de Rafael Amézquita Castellanos, titulado “La deuda democrática del constitucionalismo mexicano”, aborda las condiciones democráticas del constitucionalismo mexicano en dos sentidos: respecto a su función como límite al poder y sobre la capacidad ciudadana de participar en la determinación de la brecha interpretativa. Con ello, reivindica el nuevo constitucionalismo para concluir que, en el Estado mexicano, es necesario que se establezcan rutas que atiendan al contexto específico de México, de manera que sus males sean atendidos por controles constitucionales eficaces y eficientes.

No queda más que agradecer a las y los autores que hicieron posible esta obra colectiva, la cual sumará frente a los retos a futuro en concretar este nuevo paradigma. Se asegura que los debates y reflexiones que sigan de su publicación podrán ser motivo de otro tomo, en otra década, para verificar la viabilidad de las propuestas y conclusiones que aquí se realizan.

Finalmente, cabe agradecer a todo el equipo editorial de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco que, mediante el Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamxtili, ha materializado otro tomo de la Colección de Estudios en Derechos Humanos.

Referencias bibliográficas

Gargarella, R. (2021). *El derecho como conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano*. Buenos aires: Siglo veintiuno editores.

Mounk, R. S. (2017). The signs of desconsolidation. *Journal of Democracy*, 5-15.

Project, W. J. (2020). *México*. Obtenido de WJP Rule of Law Index : <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2020/Mexico/Fundamental%20Rights/>

Introducción

José de Jesús Chávez Cervantes

El viernes 10 de junio de 2011 fue publicada, en el *Diario Oficial de la Federación*, la reforma de mayor trascendencia jurídico-social en materia de derechos humanos en el México moderno. Dos aspectos fundamentales resaltan a la luz de esta modificación que este año ha cumplido su primer decenio: la incorporación del principio pro persona y el reconocimiento de la supremacía constitucional contenida en las normas de derechos humanos de los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

Las nuevas responsabilidades, en cuanto a la convencionalidad, implicaron novedades desde las coordenadas de la autoridad jurisdiccional, la cual está obligada a conocer y aplicar lo establecido por el derecho internacional de los derechos humanos, aun cuando no se encontrase explícitamente dispuesto en la legislación nacional.

Han transcurrido diez años de la tan medular modificación, por lo que es justo enarbolar una serie de profundas reflexiones al respecto, en las cuales, a partir de distintas, pero complementarias perspectivas, se aborde el complejo escenario en el que se ha desenvuelto este cambio de canon normativo, sistemático, jurídico y social, que tiene su base fundamental en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Este cambio de paradigma constitucional impactó también en una serie de artículos complementarios: el 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 apartado B y 105 de la constitución mexicana, así como ocho artículos transitorios con mandatos específicos para la actuación legislativa por parte del Congreso de la Unión y uno de ellos dirigidos a los congresos locales. La reforma constitucional no ha introducido, estrictamente, solo una transformación dentro de la organización de las relaciones sociales nacionales, sino que ha girado por completo la trama respecto a temas tan diversos como la educación, el medio ambiente, la cultura del deporte, el derecho a la alimentación, el sistema de justicia penal acusatorio, el amparo, etcétera. Además del no menos importante reforzamiento del sistema no jurisdiccional de protección de los derechos humanos, de esta manera, integra la perspectiva de los derechos y libertades en todas sus actuaciones.

Esta obra que se presenta es un esfuerzo por aportar a este debate diversos puntos de vista de autoras y autores que se han preocupado por analizar el impacto, el alcance y la trascendencia, así como reflexionar acerca de las insuficiencias, los retos y el trabajo que está pendiente por realizar alrededor de dicho parámetro constitucional; especialmente, frente a los desafíos en materia de justicia que se han multiplicado en el último año de la pandemia por COVID-19, una de las crisis sanitarias más severas que ha sufrido la humanidad a lo largo de la historia y que además evidenció de forma inédita múltiples violaciones de los derechos humanos.

Es por ello que, para introducir a la lectura de esta obra, es preciso rememorar el significado de las modificaciones constitucionales mencionadas; comenzando con la adopción del término *derechos humanos*, en sustitución de su análogo anterior *garantías individuales*, pues acoge un significado profundo, además de la intención de homologar a partir de ahora el lenguaje jurídico sobre la plataforma inamovible de la dignidad humana. Por otra parte, positivizar el lenguaje y la cultura de los derechos humanos por medio de la fuerza normativa constitucional le ha otorgado al concepto y al núcleo de la integridad un vigor inverosímil durante este primer decenio. Desde el punto de vista lingüístico, el cambio de palabras entre – se otorga y se reconoce– ha formalizado las distintas obligaciones del Estado respecto a los derechos humanos, ello entraña una modificación de 180 grados, que ahora percibe al propio Estado como un sujeto obligado a garantizar las estructuras adecuadas para que las personas se sirvan de las instituciones que la propia constitución crea y organiza.

Por otra parte, la reforma de 2011 abrió el cauce para manifestar expresamente que los derechos más fundamentales de las personas no tienen su límite en aquellos enumerados en la constitución, que de hecho deben estar siempre abiertos a la complementación mediante instrumentos jurídicos internacionales en la materia, ello ha significado la ampliación de derechos y libertades fundamentales.

La reforma constitucional de derechos humanos de 2011 marca un antes y un después en el sistema jurídico mexicano, ello se puede explicar, en gran medida, por las características de la cultura jurídica en México y en el mundo latino que hasta entonces imperaba. En dicha cultura, se encuentra un profundo arraigo al formalismo, que ha sido denominado por Atienza (2013) como una “enfermedad endémica” (pág. 49), donde los asuntos de carácter sustantivo son puestos en segundo orden, por lo que las contribuciones de iusfilósofos como Dworkin o Alexy son difícilmente aceptadas (pág. 22).

En ese sentido, el iusnaturalismo no era una corriente filosófica de relevancia para la justicia constitucional. Aunque en la doctrina se identificaba implícitamente al contenido constitucional con una especie de derecho natural, el formalismo mexicano lo entendió como “principios indiscutibles” que deben seguirse por su valor positivo, desprovistos de contenido filosófico de corte moral o políticos (Atienza, 2012, pág. 22).

Es por ello que esta reforma atendió dicha deficiencia formalista de la práctica jurídica y, de la mano con la doctrina europea (particularmente, la teoría alemana), procuró darle la vuelta explícitamente mediante el cambio entre reconocimiento y otorgamiento de derechos, la jerarquización constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos y la incorporación de criterios hermenéuticos actualizados, como el principio pro persona o de interpretación conforme.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se fortaleció en su función como órgano defensor de la constitución. Gracias a ello fue posible la migración del *test* de proporcionalidad, la justiciabilidad de los derechos humanos frente a particulares, el protagonismo de la dignidad humana en la escena jurídica y el núcleo esencial de los derechos (Niembro, 2021). Todo ello ha tenido alcances relevantes, que han robustecido el control de constitucionalidad sobre leyes ordinarias, el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad, entre otros casos donde se puede constatar cómo se ha fortalecido la labor de la judicatura.

La reforma de 2011 supuso verdaderamente una transformación estructural en cuanto al sistema normativo. Para Silva (2012) “sí alguna comparación pudiera esbozar, esta reforma es posible equiparar al momento en que, en 1917, el texto fundacional de nuestro ordenamiento jurídico incorporó por primera vez los derechos sociales”. A más de un siglo de distancia de tal evento, el principal reto es el mismo: hacer que el texto constitucional cobre vida y se manifieste en la cotidianidad de las personas.

Los textos que integran esta obra colectiva han sido escritos por académicas y académicos que han destacado por sus reflexiones en distintas universidades e instituciones públicas y privadas, que dan cuenta a la persona lectora al menos desde tres grandes dimensiones: 1) la agenda pendiente de derechos humanos en el ámbito internacional, globalización y derecho internacional; 2) reflexiones en torno a la actuación del Estado, en sus tres niveles de gobierno, y, finalmente 3) estudios respecto a dilucidar el espíritu histórico-filosófico del contenido y alcances de la reforma constitucional más trascendental del siglo XXI del Estado mexicano. Se espera que esta contribución sea productiva para el debate constitucional y sea tierra fértil en el planteamiento y solución de retos encaminados a garantizar los derechos y libertades de las personas, de esta manera, se constituye un título más de la *Colección de Estudios en Derechos Humanos*, que es editada por la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco a través del Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamactli.

Referencias bibliográficas

- Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM] (2021). Diario Oficial de la Federación. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_280521.pdf
- Niembro, R. (2021). *Una reflexión sobre la reforma de derechos humanos en México y las concepciones de la democracia*. IberConnect. <https://www.ibericonnect.blog/2021/07/una-reflexion-sobre-la-reforma-de-derechos-humanos-en-mexico-y-las-concepciones-de-la-democracia/>
- Silva, J. (2012). El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XVIII, Bogotá, Colombia, 152.12

Capítulo I

El ombudsperson municipal: Una propuesta local para conformar un sistema integral de protección no jurisdiccional de derechos humanos a nivel nacional

Sumario: *I. Introducción. II. La necesidad de contar con un ombudsperson municipal, análisis del contexto nacional y estatal en Jalisco. III. El diseño normativo del ombudsperson municipal: Una propuesta local con alcances nacionales. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.*

Alfonso Hernández Barrón¹

I. Introducción

Desde 1992, el Estado mexicano comenzó a incorporar un sistema de protección no jurisdiccional de derechos humanos a través de la figura del ombudsperson, la cual ha logrado ser un pilar importante para la consolidación de esta democracia constitucional. De ser un organismo público descentralizado, ha logrado conformarse como un ente constitucional autónomo por medio de todo el territorio nacional como contrapeso y límite del poder, el cual, mediante una óptica preventiva y dialógica, contribuye al pleno disfrute de los derechos y libertades humanas.

A raíz de la reforma de junio de 2011, que elevó a rango constitucional a nivel nacional los derechos humanos, se volvió a modificar la estructura de estas instituciones para establecer el deber de las autoridades de justificar la negativa o aceptación de las recomendaciones que estas defensorías emiten tanto a nivel federal como estatal. Pese a ello, el pleno goce de los derechos humanos, de acuerdo con indicadores internacionales, como el caso del World Justice Project² (2020), sigue constantemente en descenso.

Entre los diversos factores que pueden converger para contribuir a este problema, cabe destacar que el diseño de la estructura normativa del ombudsperson es uno de ellos. A pesar de los avances normativos que ha tenido la estructura de las comisiones en ambos niveles de gobierno, hasta la fecha no se han generado las condiciones jurídicas para conformar defensorías municipales. Pese a su estructura federal, los ayuntamientos carecen de mecanismos para hacer frente a violaciones de derechos humanos, aunque se trate del nivel de gobierno que más cercanía tiene con la población.

Si bien la implementación de la figura del ombudsperson municipal no es una representación novedosa, pues existe el antecedente colombiano, el cual servirá de base en este capítulo, cabe destacar que lo que se plantea como cuestión a dilucidar en este texto consiste en verificar si es una necesidad propia del federalismo, como mecanismo para evitar el abuso y concentración de poder, por lo que habría que valorar su implementación en el sistema jurídico mexicano.

A raíz de este problema y cuestión a dilucidar, se persiguen dos objetivos a través de este artículo:

¹ Presidente de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco.

² The World Justice Project® (Proyecto de Justicia Mundial, o WJP, por sus siglas en inglés) es una organización independiente, internacional, y multidisciplinaria que trabaja para avanzar el Estado de derecho en el mundo.

- a. Mostrar los alcances negativos para la consolidación de un sistema integral del pleno disfrute de los derechos humanos en el Estado al carecer con la implementación del ombudsperson municipal.
- b. Establecer las condiciones jurídicas para el adecuado diseño de la figura del ombudsperson municipal para que contribuya, en caso de aplicarse, a fortalecer el pleno goce de los derechos y libertades en el Estado mexicano.

La trascendencia que tendría este artículo consiste en que podría coadyuvar a que en otras latitudes se diseñe, mediante una producción normativa, la figura del ombudsperson municipal o su equivalente para fortalecer el Estado constitucional de derecho.

Para lograr el objetivo propuesto, se realizará un análisis documental de la legislación federal y también local, enfocado a la normativa de Jalisco, con lo cual se pretende vislumbrar el alcance del problema y su impacto. Esta investigación se desarrollará en dos apartados. El primero, tratará sobre el contexto internacional, nacional y local con relación a la cuestión planteada, y, el segundo, establecerá las propuestas de producción normativa y su pertinencia en el ordenamiento jurídico nacional y local.

Al finalizar el análisis, se estará en condiciones de esbozar una serie de reflexiones con el propósito de incentivar un debate e invitar a la comunidad académica local e internacional, así como a quienes integran el sistema público de defensa de los derechos humanos, a discutir sobre la imperiosa necesidad de revisar y analizar posibles mejoras para fortalecer a los organismos públicos defensores de derechos humanos en México.

II. Ombudsperson municipal: Análisis del contexto internacional, nacional y estatal

2.1. Contexto internacional y la figura del ombudsperson municipal en Colombia

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos están diseñados para que se apliquen a nivel nacional y local. Su estructura se ha construido para que los Estados, al comprometerse, adopten las reformas internas para que su regulación se traduzca en un impacto eficaz y eficiente, a fin de que la población tenga un goce real. Es decir, no se pueden considerar válidas aquellas ópticas que se limiten solo a aplicarlos a un nivel de gobierno y se excluyan los demás. Debe existir una administración homogénea a través de todo su territorio, tal como se desprende del artículo 28 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, la cual se conoce como la cláusula federal:

Artículo 28. Cláusula Federal

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.
2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.
3. Cuando dos o más Estados Parte acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención (Americanos, 1969).

Para catalizar el efectivo cumplimiento de los derechos humanos en los diversos niveles de gobierno, se requiere que la distribución de competencias y facultades sea consistente con los compromisos asumidos con la comunidad internacional. De lo contrario, se corre el riesgo de generar una disonancia en su pleno goce y ejercicio, pues existirían lugares donde estos sí se aplicarían de manera eficaz y eficiente mientras que en otras latitudes esto no se llevaría a cabo.

La forma en la que cada Estado desarrolla instituciones y mecanismos para proteger y defender los derechos humanos en caso de posibles violaciones es una cuestión que atañe a cada nación acorde con su contexto pluricultural. De las diversas instituciones que ofrece el derecho comparado, resulta aleccionador el paradigma colombiano, el cual, en su artículo 118, de su ordenamiento constitucional, ha establecido la figura equivalente al ombudsperson a través del Ministerio Público, tal como se detalla a continuación:

Artículo 118. El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas (Constitución Política de Colombia, 2013, pág. 33).

Resalta el hecho de que dicha figura que, generalmente es de índole penal, cuenta con otros órganos internos, como es el caso del ombudsperson local y, por otro lado, a nivel municipal existe la representación de la personerías municipales o personeros. Lo que se pretende es descentralizar las funciones de protección y defensa de los derechos humanos, donde el punto de encuentro es mediante el Ministerio Público.

Para lograr mayor claridad en cuanto a los alcances de esta estrategia, cabe resaltar que el Estado colombiano es una república unitaria, tal como lo señala el artículo 1° de su carta magna, el cual establece la descentralización como forma de distribución del poder para evitar su concentración (Constitución Política de Colombia, 2013, pág.1). Es decir, si bien no es un Estado federal, cuenta con diversos niveles de gobierno, por lo cual, acorde con dicha forma de establecer la distribución de competencias, se ha incidido generalmente de manera positiva en la protección y defensa de los derechos humanos.

Cabe destacar que, dentro de esta división política-territorial, Colombia cuenta con 1 123 municipios, es dirigido por la figura de un alcalde, quien gobierna junto con un concejo municipal, los municipios están distribuidos dentro de 32 departamentos, que son encabezados por un gobernador encargado de la administración autónoma de los recursos otorgados por el Estado. En el caso de las personerías, son entes públicos que iniciaron sus funciones en 2012, tal como lo constata las Naciones Unidas (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH], 2014), es decir, se trata de una institución de nueva creación.

Pese a ello, ha logrado una consolidación jurídica y territorial. Actualmente cuenta con más de 1 102 personeros a lo largo del territorio nacional (ACNUDH, 2014). A su vez, ha podido hacer frente a diversos retos, como sobrellevar las crisis fiscales y la corrupción. En materia de producción normativa, dicha institución se consolidó mediante una reforma a la Ley 136 de 1994, al incorporar todo lo relativo a su funcionamiento en su capítulo XI, particularmente, en el artículo 178°, se desarrollan, a lo largo de 24 puntos, las funciones de las personerías, entre ellas destacan las siguientes en materia de derechos humanos:

1. Defensor de derechos humanos.
2. Divulgar los derechos humanos.
3. Orientar e instruir a los habitantes del municipio en el ejercicio de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado.
4. Defender los intereses colectivos, especialmente el ambiente, al interponer e intervenir en las acciones judiciales, populares, de cumplimiento y gubernativas, que sean procedentes ante las autoridades, entre otras.

Para lograr la profesionalización y la debida legitimidad de quien ocupa la titularidad de dichas instituciones, estas se han depositado en la figura del personero, el cual debe contar de preferencia con título de abogado, y haber pasado un examen por oposición, a fin de contender en las elecciones para este puesto, las cuáles se llevan a cabo por parte de los consejos municipales o distritales mediante la votación de las dos terceras partes de los integrantes de estos entes públicos. Este ha sido elegido para presidir las personerías, su encargo es de cuatro años con posibilidad de reelección.

De acuerdo con el análisis que ha realizado las Naciones Unidas (ACNUDH, 2014) en la materia, el balance general de esta institución ha sido positivo, en la medida que ha ayudado a descentralizar la defensa de los derechos humanos en aras de coadyuvar a una mayor homologación de las funciones. Si bien la figura del personero municipal no se traduce en una panacea, esta contribuye como contrapeso adicional que puede servir de referencia a nivel internacional.

2.2. El impacto negativo a nivel nacional en la protección y defensa de los derechos humanos ante la ausencia de la figura del ombudsperson a nivel municipal

La figura del ombudsperson en el Estado mexicano ha tenido una regulación deficitaria en la medida que esta ha respondido solo a los intereses de la federación y de las entidades federativas. Tal como lo hace notar el artículo 102, en su apartado B, quinto párrafo, donde no existe cabida para que los ayuntamientos cuenten en su nivel de gobierno con este contrapeso, que es clave para la debida defensa y protección de los derechos humanos:

Artículo 102.

B..

Las Constituciones de las entidades federativas establecerán y garantizarán la autonomía de los organismos de protección de los derechos humanos (2020).

Dicho organismo constitucional autónomo se ha conformado como un ente cuyo destino pertenece a la federación o a las entidades federativas sin que a nivel municipal las autoridades no tengan voz ni voto para establecer su configuración o impacto. Es decir, desde una interpretación en sentido estricto se podría señalar que, si bien no está prohibido que se puedan conformar las defensorías ante dicho nivel de gobierno, también lo es que su estructura dependerá del beneplácito de los Estados.

Esto se debe a que, históricamente, el federalismo en México se ha empleado de manera predominante, tal como lo muestra el constitucionalista José Barragán Barragán (2007), a favor de la centralización, y no, así como una técnica de descentralizar el poder, que contribuya a que este no se corrompa. Ello ha generado que el municipio dependa jerárquicamente de lo que digan las entidades federativas, en cuestiones tan elementales como en su configuración interna mediante leyes estatales en la materia, donde, lejos de generar normas a nivel de leyes, solo pueden expedir reglamentos con las limitantes que esto puede generar.

La operatividad del ombudsperson a nivel municipal se encuentra limitada y, por ende, condicionada a la infraestructura operativa de las comisiones en derechos humanos estatales. Esto representa un problema, pues, en la mayor parte de los estados y a nivel federal, estos entes públicos reciben presupuestos insuficientes que no ascienden a 1 por ciento del presupuesto neto, según estudios de hace más de siete años (Miramon, 2014), para hacer frente a demarcaciones territoriales extensas y atender las necesidades de una población de 126 014 024 personas que habitan en el territorio nacional, como bien lo señala el INEGI (2021).

En un país tan plural como México, es imperativo que se aproveche la arquitectura federal mediante los municipios para aspirar a defender y proteger adecuadamente los derechos humanos. Si bien puede ser que la figura del ombudsperson pueda hacer frente al reto de implementar un módulo regional o municipal, es a costa de una erogación significativa de recursos y de varios sacrificios, donde generalmente esto no ocurre.

La eficacia en la protección y garantía de los derechos humanos a nivel internacional del país vislumbra esta circunstancia. Según el índice de World Justice Project (WJP, 2020), México ha bajado 0.52 puntos en la protección de derechos fundamentales y se ubica en la posición 78 de 128 países, mientras que, a nivel regional, en el continente americano, cuenta con el puesto 24 de 30 naciones. Si bien estas cifras consideran diversos factores que trascienden el ámbito de las defensorías a nivel nacional y en las entidades federativas, también es que son un indicio fuerte sobre el efecto nocivo de la centralización y la ausencia de mecanismos de coordinación que hagan frente a una creciente población tan diversa como la que se puede observar en el Estado mexicano.

Este problema no se puede solucionar al asignar mayores recursos a las comisiones de derechos humanos estatales, pues con esto se seguiría en la misma línea de centralizar el poder y se desconocería que cada municipio es un mundo distinto, que requiere un enfoque diferenciado. Esto no implica negar la importancia que debe existir en materia de coordinación entre los diversos estratos de gobierno para procurar el mayor nivel de homologación, pues lo importante al determinar el asunto en cuestión es reconocer que se ha desaprovechado la óptica del nivel más básico de gobierno, lo cual es necesario para tener una visión clara sobre las necesidades reales de la población, en cuanto a sus prerrogativas más fundamentales.

Los municipios, como nivel de gobierno, y a través de sus ayuntamientos, deben tener las facultades constitucionales para defender los derechos humanos, es decir, romper con la inercia de establecer jerarquías en la protección de estas prerrogativas, ya que ello implica desconocer la composición pluricultural del país. Este problema involucra reconocer que el federalismo de los derechos humanos, lejos de ser una forma de Estado, se acerca a lo que el constitucionalista José Barragán Barragán (2007) identifica como una forma de gobierno, en aras de procurar una correcta distribución del poder en beneficio de su población y de los principios básicos de toda democracia constitucional.

2.3. Implicaciones jurídicas para Jalisco ante la omisión de regular la figura del ombudsperson a nivel municipal

De las ocho fracciones que integran el artículo 10 de la Constitución Política del Estado de Jalisco, que regulan las bases y lineamientos de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos para este estado, ninguna establece cuestión alguna sobre la defensa y protección de los derechos humanos a nivel municipal. En todo caso, se hace una reserva de ley expresa a la legislación secundaria en la materia; sin embargo, la ley de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos también guarda silencio en esta cuestión, es decir, no existe disposición alguna que pueda remitir a una autoridad municipal que tenga fortaleza en la materia.

En el caso del Reglamento Interno de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos, solo se establece la posibilidad de erigir oficinas regionales foráneas, como lo señala el artículo 45 de dicho ordenamiento jurídico; sin embargo, estas dependen directamente de la Tercera Visitaduría General:

Artículo 45. Las oficinas regionales foráneas estarán a cargo de la Tercera Visitaduría General y serán integradas por: un visitador adjunto A, y cuando la carga de trabajo lo requiera, un B, que auxiliará en sus labores al primero, así como el personal administrativo necesario para el funcionamiento de la oficina.

Actualmente, se cuenta con 27 oficinas regionales foráneas, que se encuentran distribuidas en 12 regiones que conforman a Jalisco. Si bien estos órganos internos coadyuvan a hacer frente a las necesidades de protección y defensa de los derechos humanos a nivel municipal, donde cabe resaltar que en el estado existen 125 municipios, 8 368 602 personas, según el Instituto de Información Estadística y Geográfica de Jalisco (2020), con lo cual apenas el ombudsperson puede dar atención total.

Es de subrayar que esto no implica una omisión por parte de dicho organismo constitucional autónomo; pues, si se analiza el organigrama, así como programas presupuestarios y demás información de la institución, la defensoría jalisciense, desde 2017, ha incrementado su presencia en el interior del estado. Ello a pesar del hecho que el presupuesto que se asigna a dicha defensoría nunca supera 1 por ciento del presupuesto total, tal como se puede observar de los últimos seis ejercicios fiscales (Presupuesto de Egresos, 2021).

Para el ejercicio fiscal de 2020-2021, el recurso que se asigna a la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco asciende a 148 544 106 pesos, frente a 124 280 890 782 pesos del total del presupuesto. Ello implica que solo se asigna 0.11 por ciento del gasto estatal para dicho ente público, en tanto que el poder Ejecutivo absorbe 83 710 512 693 pesos, es decir, 67 por ciento del presupuesto (2021).

Asimismo, la figura del ombudsperson a nivel municipal no es una cuestión exclusiva de asignación de recursos para su instauración, sino de construir esfuerzos para distribuir el poder de forma distinta. Incluso es posible recordar que las defensorías surgen frente a las intolerables violaciones de los derechos humanos que, en México, se suscitan. Al respecto, la distribución del poder, desde el ámbito municipal, pero según la dimensión de contribuir como límites al poder, debe verse como un mecanismo que fortalece a la protección y defensa de los derechos humanos.

Si se analizan los indicadores de World Justice Project para 2020 a nivel estatal, en relación con el respeto y protección de los derechos fundamentales, es posible ver que Jalisco no solo se encuentra en el lugar 25 de las 32 entidades federativas con una puntuación de 0-48, es decir, en los últimos peldaños (WJP, 2020). Si bien se reitera que pueden influir varios factores, uno de estos consiste en que no existe la suficiente infraestructura, pues claramente se está desperdiciando el potencial de los municipios en la materia.

Acorde con dicha línea de argumentación, se desprende la necesidad de contar con la figura del ombudsperson municipal. Es imperativo que la población pueda tener un ente imparcial y objetivo que responda desde una visión municipal, aunado a una coordinación estatal, nacional e internacional, conforme a las necesidades y demás problemas en materia de derechos humanos. Si bien es la entidad federativa mediante la legislatura de Jalisco quien debe establecer las bases normativas, tal como lo señala el quinto párrafo, apartado B, del artículo 102 del ordenamiento constitucional federal, se debe procurar que, a través de innovación jurídica, se de la fuerza que requiere dicho nivel de gobierno.

III. El diseño normativo del ombudsperson municipal: Una propuesta local con alcances nacionales

En este sub-inciso, se pretende establecer el diseño de una propuesta normativa que pueda ser capaz de ser una solución eficaz y eficiente acorde con el contexto señalado, a fin de abonar al debate y reflexión del fortalecimiento del sistema público de defensa de los derechos humanos en México. Para ello, y a efecto de clarificar, primero, se establecerán los lineamientos que han de servir como propuesta.

Abordado lo anterior, se realizará la reconstrucción racional, como técnica que, en su momento propuso Alchourron y Bulygin (2012), la cual consiste en establecer mediante el análisis semántico la congruencia de un determinado concepto. Desde esta metodología, se requiere seguir los pasos que a continuación se describen:

- a. Determinar el universo de propiedades, consistente en los elementos que son necesarios para servir de condiciones de aplicación en un momento determinado.
- b. Determinar el universo de casos, consistente en todas las posibles combinaciones de las propiedades señaladas en el inciso anterior.
- c. Delimitar la norma o normas expresadas a raíz de las combinaciones señaladas de casos.
- d. Reconstruir el universo de soluciones posibles según las potenciales aplicaciones concretas de las normas para precisar si cuentan o no con lagunas, antinomias y redundancias, a fin de delimitar el o los sistemas normativos que se desprenden de dichas normas.
- e. La constatación entre el o los sistemas normativos con relación a su congruencia axiológica con el paradigma de protección de derechos humanos.

Asimismo, se realizará el análisis de la pertinencia económica, social y jurídica de esta propuesta para fortalecer la línea argumentativa que se plantea.

3.1. Lineamientos básicos del diseño normativo del ombudsperson municipal

Se considera que, para solucionar el problema, es necesario reformar el Capítulo IV, del Título primero y su artículo 10, de la Constitución Política del Estado de Jalisco, para crear la figura del ombudsperson municipal como el primer organismo constitucional autónomo en dicho nivel de gobierno a nivel nacional. Dicha institución requerirá contar con personalidad jurídica y patrimonio propios, a la vez que cada ayuntamiento esté obligado a su conformación.

No se puede pedir que su estructura sea propia de un organismo público descentralizado, desconcentrado o centralizado, pues ello implicaría desconocer la autonomía de los municipios a la vez que le restaría imparcialidad y objetividad. De allí que el primer lineamiento para su creación implique necesariamente la conformación de un organismo constitucional autónomo en sede municipal.

Dicha estructura requiere jurídicamente que sea similar a la de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, con la posibilidad que en sus distintos reglamentos se viabilice que cada ayuntamiento establezca las disposiciones reglamentarias para establecer los lineamientos y bases que consideren pertinentes, a efecto de respetar su autonomía presupuestaria y normativa dentro del ámbito de su competencia.

Ello implica que dichos entes contarán con una persona titular, así como con un consejo y visitadurías en la materia; empero, su conformación y demás elementos estarán al arbitrio de lo que establezcan este tipo de normas.

El segundo lineamiento se podría denominar como estructura espejo. Es necesaria para lograr un diseño que coadyuve a la comunicación dialógica y a la planeación de políticas públicas a favor de una auténtica red de protección no jurisdiccional de derechos humanos.

Un organismo de dicha naturaleza necesariamente debería estar diseñado para respetar los usos y costumbres de los pueblos originarios y comunidades indígenas. Esto se traduciría en que estos tendrán derecho a un consejero en la materia, el cual debería ser elegido según sus usos y costumbres. De manera similar, en su estructura, se deben respetar los postulados básicos en materia de igualdad de género.

Esto se debería ver expresado tanto en la elección de la persona titular, así como las y los demás consejeros ciudadanos mediante votación de mayoría calificada por parte de los ayuntamientos para que siempre exista el mismo número de mujeres y de hombres. Ello implica que se dejará que los ayuntamientos determinen la posibilidad de reelección hasta por un periodo inmediato; sin embargo, se debería garantizar que sea dicho principio el que rijan la conformación del ombudsperson municipal.

Con ello se permitirá contribuir a una visión de los derechos humanos que responda a los principios de igualdad sustantiva, en aras de hacer frente a fenómenos tan nocivos para la democracia como la discriminación. A este lineamiento se le denomina representación material incluyente; el cual establece una conformación que responda a las diversas voces sociales, sobre todo, a los sectores de mayor grado de vulnerabilidad.

Para evitar abusos que favorezcan a intereses particulares en la elección de las y los presidentes, así como de los consejos ciudadanos electos por los ayuntamientos, debería ser obligatorio que, dentro de la estructura de protección de los derechos humanos en Jalisco, todos los puestos deberán ser evaluados mediante un examen por oposición que sea elaborado a través de la participación de la sociedad civil, la iniciativa privada, academia y el gobierno del estado o ayuntamiento, según corresponda. Esto logrará dotar de la debida autonomía y legitimidad que requiere la institución para lograr una rendición de cuentas y gobernanza acorde al contexto actual, donde, además, los puestos de los distintos consejos ciudadanos sean escalonados para evitar el abuso y concentración del poder. A este lineamiento se le podría denominar la dimensión meritocrática del ombudsperson municipal.

Para lograr una eficacia y eficiencia en el quehacer del ombudsperson municipal se considera necesario el que estos deberán establecer enlaces de coordinación con la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco para conformar la red de protección y defensa de los derechos humanos en Jalisco, como base de información fundamental, disponible al público, que permita conocer mediante datos abiertos cómo se encuentra a nivel estatal el pleno disfrute de estas prerrogativas. Este intercambio de información se dará desde una óptica dialógica, que se traduzca en posibles innovaciones en la materia a favor de la población. A este lineamiento se le denomina coordinación en red.

Cabe destacar que esta propuesta de reforma respeta en su integridad el artículo 102 en su apartado B, pues, lejos de violar el principio de legalidad de las entidades federativas, lo respalda, al ser precisamente el constituyente permanente local quien incidiría mediante su legislatura y municipios, en un acto de voluntad soberana, el determinar la conformación de este novedoso tipo de organismo constitucional autónomo. A su vez, se contribuiría a fortalecer el federalismo en sus justas dimensiones, en un acto donde población y gobierno interactúan en un justo equilibrio para lograr fortalecer el Estado de derecho al descentralizar el poder.

3.2. Propuesta de la disposición jurídica para el diseño institucional del ombudsperson municipal:

A continuación, se señala el texto que se considera que cumple con los criterios jurídicos establecidos en los lineamientos señalados en el inciso anterior:

CAPÍTULO IV

DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN ESTATAL Y MUNICIPAL DE DERECHOS HUMANOS

Artículo 10.- Para la preservación de los derechos a que alude el artículo 4º de esta Constitución, se instituye la Comisión Estatal de Derechos Humanos, y el ombudsperson municipal, como organismos constitucionales autónomos, dotados de plena autonomía, con personalidad jurídica y patrimonio propios, de participación ciudadana, con carácter permanente y de servicio gratuito, que conocerá de las quejas, en contra de actos u omisiones de índole administrativa, provenientes de cualquier autoridad o servidor público estatal o municipal, que viole estos derechos. Dichos organismos se sujetarán a las siguientes bases:

A. De la Comisión Estatal de Derechos Humanos
I a la VII...

B. Del ombudsperson municipal:

I. La conformación del ombudsperson municipal se llevará a través de los ayuntamientos; los cuales deberán elegir su presidente y consejeros ciudadanos vía votación de las dos terceras partes de sus integrantes.

II. En el proceso de su integración se deberá respetar el principio de igualdad de género a efecto que exista el mismo número de consejeros ciudadanos titulares y suplentes que sean mujeres y hombres. El primer año de gestión de las presidencias del ombudsperson municipal deberá recaer en mujer;

III. En los municipios con población indígena, deberá de permitirse cuando mínimo la integración de un consejero municipal que pertenezca a dicho pueblo originario, cuya elección deberá responder a los usos y costumbres de su comunidad.

IV. A efecto de lograr una rendición de cuentas para la gobernanza en derechos humanos, el ombudsperson municipal conformará con la Comisión Estatal la Red de Protección y Defensa de los Derechos Humanos, como base de información fundamental, disponible al público que permita conocer vía datos abiertos y en tiempo real la situación en cuanto al pleno goce y disfrute de los derechos humanos a nivel local con un enfoque municipal y regional.

VI. Los ombudsperson municipales realizarán convenios y demás actos entre ellos, y con la Comisión Estatal, a efecto que respondan a un enfoque regional de protección y defensa de los derechos humanos que sea integral y transversal.

VII. El presupuesto del ombudsperson municipal deberá diseñarse vía convocatoria que realicen los ayuntamientos en donde participen los diversos sectores de la población, respetando en todo momento la suficiencia presupuestaria y garantizando su funcionamiento efectivo. En ningún momento éste podrá ser inferior al efecto inflacionario.

El ejercicio de los recursos públicos buscará conformarse con un enfoque regional, preventivo y especializado atendiendo a las prioridades del territorio en el cual se encuentren, y las cuáles deberán justificarse en concordancia con los planes de desarrollo en la materia. La negativa de hacer frente a deber por parte del Estado conllevará a que se constituya a favor del ombudsperson municipal un crédito fiscal a favor de ésta.

3.3 Pertinencia, económica jurídica y social en la aplicación del diseño de la figura del ombudsperson en Jalisco:

Si bien se mostró la pertinencia axiológica que tiene la propuesta del diseño normativo para incorporar la figura del ombudsperson municipal en el sistema jurídico jalisciense, cabe destacar que ahora se verificará su conveniencia jurídica y social para determinar su viabilidad, en caso de implementarse. En cuanto al primer aspecto, dicha propuesta tendría la oportunidad de incidir positivamente en un uso eficaz y eficiente de los recursos públicos con un mayor enfoque en derechos humanos. Ello implicará una mayor erogación por parte del Estado y de los municipios en la defensa y protección de los derechos humanos; sin embargo, esto se justifica en la medida que la alternativa es insostenible al buscar un esquema de centralización que tendría que realizarse de manera gradual en pleno desconocimiento de los problemas y necesidades en la materia.

Es decir, la implementación de esta defensoría municipal se traduciría en un uso más eficaz y eficiente de los recursos, en la medida que exista coordinación en su ejecución entre el nivel estatal, municipal y del propio ente para que cuente con los debidos filtros, a fin de revisar su correcta implementación y evitar el riesgo de que no cuente con la cantidad suficiente para solventar sus necesidades, o que estos se empleen irregularmente.

Dicha propuesta contribuirá a fortalecer la seguridad jurídica en materia de derechos humanos, al establecer las condiciones normativas para una defensa y protección de estas prerrogativas, que sea acorde con la visión municipal y estatal, donde se respeten explícitamente principios tan esenciales como hacer patente la igualdad de género, así como garantizar que personas que pertenecen a pueblos originarios y comunidades indígenas participen en los concejos ciudadanos.

Desde un análisis de impacto regulatorio, de no aprobar esta propuesta, se incurriría en el riesgo de mantener un sistema jurídico que no responde al contexto actual en materia de derechos humanos, y cuya infraestructura tiende a centralizar su defensa y protección en perjuicio de la población en general. Es imperativo que las propuestas que se señalen se implementen para fortalecer el Estado de derecho, pero, sobre todo, un sistema jurídico que debe generar las condiciones para que se garantice la dignidad humana.

Esta propuesta, en caso de aprobarse, fortalecería la legitimidad de instituciones públicas y el capital social, al lograr otorgar una mayor voz a diversos sujetos sociales, como la sociedad civil, iniciativa privada y académica a nivel local, para hacer de la transparencia un arma potente, a fin de transformar el rostro de los derechos humanos en Jalisco en ejercicios de rendición de cuentas. Es decir, el acento toral de esta propuesta encuentra su base en la participación social, el mérito y, sobre todo, la gobernanza, con lo cual se espera hacer frente a retos que han sido señalados y en beneficio de las víctimas y sus familiares para contribuir a la restitución de sus derechos humanos que han sido violados.

IV. Conclusiones

A través de este artículo se mostró que se requiere implementar la figura del ombudsperson municipal como elemento clave para contar con un sistema integral de protección no jurisdiccional de derechos humanos. Su ausencia contribuye a debilitar el Estado de derecho, por lo que es imperativo que el diseño jurídico que se propone en la legislación jalisciense pueda ser empleado como modelo teórico a nivel federal y en otras entidades federativas.

Para que dicha propuesta sea racional y consistente con el paradigma de los derechos humanos, se establecieron lineamientos de inclusión de todos los sectores sociales, aspectos meritocráticos, garantías de estructura que, como organismo constitucional autónomo municipal y de coordinación. Estas propiedades se plasman como condiciones necesarias y suficientes para responder al contexto actual. A su vez, se mostró su pertinencia económica, jurídica y social, si bien a un nivel local, no tiene porque también no reproducirse en otras latitudes.

Cabe destacar que este artículo no pretende ofrecer una panacea de la figura del ombudsperson municipal. Se reconocen los diversos retos que ha representado su implementación en Colombia; por lo que, lejos de buscar tropicalizar una institución, se pretende ofrecer una alternativa que permita consolidar los derechos humanos como base de toda democracia constitucional acorde con la realidad.

Jalisco y el Estado mexicano no se pueden dar el lujo de desconocer sus obligaciones hacia la comunidad internacional con relación a la cláusula federal, con un modelo que no responde a una sociedad plural que es cada vez más compleja y global como esta. De ignorar su importancia, implicaría cerrar el diálogo y, con ello, la razón de ser de todo ombudsperson: ser puente entre la sociedad y las instituciones para contribuir a una paz social de largo plazo.

Mediante este estudio es posible dar inicio a una fecunda reflexión a través de las coordenadas que ofrece la gobernanza. Es indispensable reconocer que el sistema público de defensa de los derechos humanos es insuficiente y se hace necesario incentivar y provocar el debate en aras de fortalecer al sistema con el propósito y fin de generar las mejores condiciones jurídicas para el respeto y la protección de los derechos y libertades fundamentales.

V. Referencias bibliográficas

- Colombia, C. P. (2013). *Normograma*. Obtenido de Corte Constitucional de Colombia: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion-Politica-Colombia-1991.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2020). *Boletines*. INEGI: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/EstSociodemo/ResultCenso2020_Nal.pdf
- Alchourron C, y. B. (2012). Un modelo para los sistemas normativos. En y. B. Alchourron C, *Sistemas normativos*, 11-34. Buenos Aires: Astrea.
- Americanos, O. d. (22 de noviembre de 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Tratados multilaterales. Departamento de Derecho Internacional, OEA: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Barragán, J. B. (2007). *El federalismo mexicano. Visión histórico constitucional*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Estado, J. G. (2021). *Presupuesto de egresos*. Obtenido de Información Fiscal: https://transparenciafiscal.jalisco.gob.mx/transparenci-fiscal/programatico_presupuestal/presupuesto-de-egresos
- III, P. d. (2021). *Información Fiscal*. Obtenido de Jalisco. Gobierno del Estado: https://transparenciafiscal.jalisco.gob.mx/sites/default/files/iii_presupuesto_12-28-20-ter_vol_iii_0.pdf
- Jalisco, I. d. (2020). *Población Jalisco 2020*. Obtenido de Strategos: <https://iieg.gob.mx/strategos/portfolio/poblacion-en-jalisco-a-2020/>
- Mexicanos, C. P. (2020). *Leyes Federales Vigentes*. Obtenido de LXIV Legislatura. Cámara de Diputados. H. Congreso de la Unión: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_110321.pdf
- Miramón, F. G. (2014). *Gasto en Derechos Humanos*. Obtenido de Centro de Investigación Económica y Presupuestaria: <https://ciep.mx/gasto-en-derechos-humanos-cndh/>
- Project, W. J. (2020). *México*. Obtenido de WJP Rule of Law Index : <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2020/Mexico/Fundamental%20Rights/>
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (junio, 2014). *Proyecto fortalecimiento de las personerías municipales para el acompañamiento, monitoreo y evaluación de políticas públicas con enfoque diferencial, de género y de derechos humanos*. https://www.hchr.org.co/phocadownload/publicaciones/Libros/fortalecimiento_personerias.pdf

Capítulo II

El interés superior de la niñez a partir de la reforma constitucional de 2011

Sumario: *I. Introducción. II. Devenir jurídico de los derechos de la infancia. III. El interés superior de la niñez. IV. El interés superior de la niñez ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.*

Tatiana Esther Anaya Zúñiga³

I. Introducción

La agenda de niñez y el reconocimiento constitucional de sus derechos no ha sido fácil de consolidar. A partir de la ratificación de la Convención de Derechos del Niño, en septiembre de 1990, las organizaciones civiles y los organismos internacionales han afianzado una clara defensa de los derechos de este grupo poblacional, al modificar sustancialmente el estatus jurídico y los mecanismos de defensa de manera considerable.

Al igual que muchas otras agendas de derechos, como la de mujeres o pueblos indígenas, la de niñez se ha visto obstaculizada por la falta de voluntad política o por concepciones sesgadas respecto al contenido de los derechos. Desde este punto de vista, González Contró (2009) explica que los derechos fundamentales han sido históricamente asociados a la autonomía y, por ello, se entiende que ciertas personas carecen de capacidad para autodeterminarse, por lo que se requiere que queden bajo la protección de una autonomía externa (pág. 230). Esta perspectiva limitante en referencia a los derechos humanos responde a la concepción liberal de los mismos, por ello encontramos que las primeras declaraciones de derechos reconocían como sujetos de los mismos únicamente a quienes se entendían como completamente autónomos: hombre, adulto y con propiedad.

Sin embargo, el paradigma liberal de los derechos humanos que excluía a quienes requieren condiciones específicas de desarrollo (como los niños, niñas y adolescentes) quedó definitivamente superado en la posguerra. Con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los ajustes en los ordenamientos constitucionales del mundo, los derechos fundamentales fueron protegidos desde una perspectiva universalista (Pérez-Luño, 1998, pág. 95). Dicha perspectiva que les entendía como “derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición” (Organización de las Naciones Unidas, 2021).

Bajo el paradigma universalista, es que los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes comienza a tener un respaldo jurídico más relevante tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en la materia constitucional. Y aunque los niños, niñas y adolescentes (NNA) eran sujetos de derechos, permanecía el problema de su ejercicio, pues sus alcances y necesidades son distintas respecto de la persona humana genérica.

Sin embargo, con el proceso histórico de la “especificación” (De Asís, 2006, págs. 35,36), la forma de entender los derechos cambió por completo. De acuerdo con Peces-Barba (2007), la especificación “supone una ruptura con el modelo racional y abstracto, y una cierta aproximación al modelo pragmático inglés, al completar la idea de los destinatarios genéricos, los hombres y los ciudadanos, con la de personas situadas como mujeres, niños, administrados, consumidores, usuarios de servicios públicos, personas con discapacidad, etcétera” (pág. 360). Así, los derechos, para ser efectivos, requieren contemplar a las y los titulares de los mismos, y

³ Consejera del Consejo de la Judicatura del Estado de Jalisco.

de esta manera, se modifican sus contenidos y alcances para que puedan ser ejercidos de manera plena.

El proceso de especificación hace referencia al concepto de igualdad material. Bobbio (1991) se refiere a dicho proceso como “el paso gradual, pero cada vez más acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares del derecho” (pág. 109). Así, se entendieron que la dependencia y cuidados específicos que requieren las y los menores deben ser lo suficientemente relevantes para que el Estado garantice sus derechos con mayor énfasis respecto al resto de titulares de derecho. Lo anterior, sustentado en la necesidad de este sector de una “protección especial, fraterna y solidaria, ante su debilidad, inferioridad física, intelectual y social, e incluso a veces ante su abandono [...] de acuerdo con el grado de madurez de cada persona, donde existe esa protección específica para los niños” (Peces-Barba, 2007, 362).

Por otro lado, también se entendieron que las NNA, como sujetos de derechos, requieren ejercer esferas de autonomía, puesto que no son propiedad de sus tutores, de manera que tienen la capacidad de autodeterminarse -atendiendo a criterios proporcionales de edad y desarrollo-.

Esta tendencia de universalización -que hizo general la titularidad de derechos- y la especificación -que reconoce el contenido diferenciado de los derechos según las necesidades del destinatario-, evidentemente tuvo efectos en el sistema jurídico, por lo que el derecho constitucional e internacional de los derechos humanos empezó a entenderse bajo dichas lógicas. Sin embargo, el filisteísmo jurídico que caracteriza nuestro ordenamiento jurídico -al igual que en muchos otros países de Latinoamérica- ha complicado los alcances de su agenda en dos sentidos: a) en adecuar el derecho positivo para proteger de manera efectiva a este sector poblacional, y b) en explorar desde la ciencia jurídica los alcances y necesidades de los derechos de niños, niñas y adolescentes para un Estado genuinamente garante.

Por ello, este artículo tiene el propósito de explorar de forma teórica cuál es el contenido del interés superior de la niñez en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y posteriormente, se hará un análisis respecto al desarrollo del concepto dentro de la jurisprudencia y del sistema jurídico mexicano. Es adecuado que, a diez años de la reforma constitucional de derechos humanos, se sumen balances y desbalances de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

En un primer momento, daremos un recorrido jurídico respecto al papel que han jugado los derechos de NNA en el sistema jurídico mexicano y que avances como retrocesos se han obtenido. Posteriormente, se brindará un contexto de en torno a las expectativas que propició la reforma para dicha agenda y qué papel se jugó durante su implementación. Por otro lado, se construirá una conceptualización teórica del concepto “interés superior de la niñez”, brindando un panorama general de entendimiento respecto del concepto. Posteriormente, será contrastado con el contenido del concepto de acuerdo con la línea jurisprudencial que ha consolidado la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Finalmente, se presentan reflexiones finales respecto al contenido expuesto en este trabajo, de manera que podamos comprender y evaluar cuál ha sido el desarrollo de los derechos de niñas, niños y adolescentes a la luz de la reforma constitucional y el interés superior de la niñez que se reconoce en el artículo cuarto constitucional.

II. Devenir jurídico de los derechos de la infancia

Aunque el reconocimiento de derechos de los niños en el derecho internacional proviene de 1959 con la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Patiño, 2011, pág. 189), la historia jurídica de los derechos para NNA inicia de manera formal en diciembre de 1990, con la ratificación del Estado Mexicano de la Convención de Derechos del Niño. Dicho instrumento internacional, junto a sus tres protocolos facultativos, representaba una conquista significativa

de protección para los menores (Loera y Loera, 2020, pág. 109). El reconocimiento pleno de derechos de manera específica y que atendía a las temáticas prioritarias que afectan el desarrollo integral de la infancia y adolescencia representaron un abanico de posibilidades judiciales y administrativas para tutelas efectivas tanto a nivel local como federal en los tres órdenes de gobierno.

Sin embargo, en esa época, al igual que muchos otros tratados internacionales, la Convención cumplió un papel estrictamente político. Lo anterior, ante la falta de mecanismos que pudieran reconocer como vinculantes los instrumentos internacionales por encima de las leyes. Así, la extensa carta de derechos que reconocía la convención quedaba como letra muerta o, en el mejor de los casos, como meras intenciones de las administraciones públicas en turno.

Así, las personas promotoras de derechos humanos debieron realizar importantes gestiones en materia de cabildeo, posicionamientos políticos, vinculación institucional e institucional y sobre todo concientización social respecto al tema, sobre todo ante una sociedad que entiende a las infancias y a la adolescencia como etapas de la vida que se caracterizan por la falta de conciencia y autonomía (Loera y Loera, 2020, pág. 109).

Dichas presiones tardaron diez años en rendir frutos jurídicos, pues en el año 2000 se reformó el artículo cuarto constitucional que mencionaba y reconocía de forma explícita a los niños y niñas como sujetos de derechos. Aunque, a diferencia de la Convención de Derechos del Niño, dicha reforma especificaba que los derechos del niño iban orientados a “la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral”. A juicio de González Contró (2012), dicha reforma terminó por ser una restricción más que un avance para los derechos, pues no solo no reforzaba los derechos del derecho internacional, sino que solo hacía referencia constitucional a determinados aspectos que la convención recogía (pág. 28).

Sin embargo, esa reforma llegó acompañada. Ese mismo año, el poder legislativo aprobó la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, cuya declaración de derechos era, al menos, una recopilación muy similar a las declaraciones de derechos del niño a nivel internacional. Aunque, desde una perspectiva de técnica legislativa, carecía de mecanismos de efectivos que la hicieran una ley vinculante o exigible. Ello redujo los efectos de la ley a simples buenas intenciones respecto a la situación de NNA, algo similar a lo sucedido con la Convención de Derechos del Niño.

2.1 La niñez en la reforma constitucional de 2011

La reforma constitucional de derechos humanos, sin duda llegó para reformular la manera de entender los derechos humanos en México. En una cultura tan formalista como la nuestra, era indispensable una reforma constitucional que, de forma explícita, reconociera los tratados internacionales de derechos humanos e incorporara métodos de interpretación en la práctica judicial. La reforma, vino a sintonizar la Constitución con los estándares de derechos y tendencias normativas del constitucionalismo contemporáneo (Salazar Ugarte, 2014, pág. 16). Sin embargo, dicha reforma debió enfrentar un largo proceso de revisión, acuerdos legislativos y políticos, así como su respectivo recibimiento judicial –que se puede entender, en gran medida, desde la contradicción de tesis 293/2011. Aunque el análisis de este fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación aun amerita de un análisis propio, será imposible hacerlo en este trabajo por motivos de espacio–. Aun así, respecto a los derechos de niñas, niños y adolescentes destacan cambios al entendimiento del derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico.

Respecto al artículo primero constitucional, que probablemente es el cambio más significativo y estudiado de esta histórica reforma, se destaca el reconocimiento de rango constitucional a los tratados internacionales. Ello, ofrece una ampliación bastante significativa del catálogo de derechos para las personas menores de dieciocho años, particularmente por la

Convención de Derechos del Niño. Así, la limitación de derechos que presentaba el artículo cuarto constitucional quedaba fortalecida en automático por la vinculatoriedad de los tratados internacionales. Posteriormente, con la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los mecanismos de protección internacionales terminarían consolidándose en favor de la niñez y otros grupos prioritarios.

Posteriormente, en ese mismo año, pero en otro decreto, se reformó la constitución nuevamente –decreto publicado el 12 de octubre de 2011 en el Diario Oficial de la Federación–, y su propósito fue directamente enfocado a la niñez. Se reformaba el artículo 4to y el artículo 73ro.

En el artículo cuarto constitucional, se reconoce el interés superior de la niñez como criterio indispensable y queda de la siguiente manera:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez (CPEUM, 2011).

Aunque su contenido, alcances comparados e interpretación constitucional serán el contenido de este trabajo, se puede afirmar que su consagración constitucional modifica el papel que juega la niñez dentro de las causas judiciales, la legislación ordinaria y la administración pública.

Sin embargo, para muchos académicos y académicas, la implementación del principio del interés superior de la niñez tiene repercusiones negativas o bien, innecesarias. Ello, en palabras de González Contró (2014):

deja intocado el reducido listado de derechos que reconocía desde 2000, poniendo de manifiesto que no se han asumido –probablemente ni siquiera se tiene noción de- las obligaciones mínimas establecidas por los tratados internacionales y los efectos del reconocimiento de su jerarquía constitucional” (pág. 84).

Por otro lado, el artículo 73 constitucional por fin determino que órganos de gobierno eran constitucionalmente capaces de crear legislación en materia de niñez. Afortunadamente, dicha reforma estableció concurrencia, así tanto la federación como los Estados y los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, puedan emitir legislación en materia de niñas, niños y adolescentes. Este punto es relevante porque, de forma amplia, posibilita a los ayuntamientos y a los poderes legislativos a regular y establecer mecanismos específicos en materia de infancia para que la niñez tenga garantías secundarias de sus derechos.

III. El interés superior de la niñez

El interés superior debe ser resaltado y salvaguardado por las personas adultas en el sentido de que los niños y las niñas se encuentran en un estado de desarrollo y por ello es que la toma libre de sus decisiones no queda sujeta a su albedrío, de acuerdo con las etapas de crecimiento y desarrollo humano, una persona alcanza la capacidad⁴ óptima para tomar decisiones, por lo que este principio busca subsanar esta situación, llevando un análisis profundo y detallado del caso concreto para lograr decidir con base en la protección que más le favorezca.

⁴ El término capacidad o competencia implica madurez, tanto cognitiva, emocional y ético-moral para poder tomar sus propias decisiones de salud basadas en juicios internos y de actuar de acuerdo con ellos, juicios basados en sus creencias y en concordancia con su plan vital (Esquerda et al., 2013).

En este mismo sentido, hay que señalar que es un principio de salvaguarda que ha sido ampliado con el paso del tiempo, pero que se llegó a considerar desde la creación de la legislación universal en materia de derechos humanos y que ha sido desarrollado en distintas legislaciones posteriores.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) toma en consideración los derechos de la niñez, en su artículo 25, párrafo segundo, en el que dice que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en su artículo 24, párrafo primero, establece que:

Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

La Convención sobre los derechos del niño (1989), cuyo objetivo es lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y de la adolescencia con pleno respeto a todos y cada uno de sus Derechos Humanos; de igual manera establece, que todas las medidas, procesos o situaciones en las que se encuentre involucrado un niño o una niña, deberán enfocarse y procurar, en todo momento, ser dictadas conforme a lo que mejor le beneficie, tal como lo dice el artículo 3°:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (CDN, 1989).

Por lo anterior es que se deduce que el Interés superior de la Niñez (ISN), es un principio rector dentro de la legislación universal, relativa a este grupo. Lo dicho nos lleva a la pregunta ¿qué es el interés superior de la niñez?

O'Donnell (2009), dice que se debe entender por interés superior del niño o niña todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social, para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.

Este principio regulador de la normativa de los derechos de los niños y niñas se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas (López-Contreras, 2015).

Su aplicación busca la mayor satisfacción de todas y cada una de las necesidades de niñas, niños y adolescentes. Su aplicación exige adoptar un enfoque basado en derechos que permita garantizar el respeto y protección a su dignidad e integridad física, psicológica, moral y espiritual (CNDH, 2018).

Habiendo determinado la definición del ISN, López-Contreras (2015) dice que existen tres elementos de observancia fundamentales para alcanzar el contenido del ISN, la capacidad de los niños y niñas, su entorno familiar y social, y la predictibilidad; en el entendido que las niñas y los niños son personas, deberán de ser tratados desde una perspectiva infanticéntrica.

De ahí que se entiende que el contenido esencial del interés superior de los niños y las niñas se refiere a la protección y garantía de sus derechos fundamentales para fomentar el libre desarrollo de su personalidad, a través de los valores establecidos en la dignidad que posee todo niño, niña y adolescente, en ese sentido, La Corte Interamericana señaló que este principio es el regulador de la normativa de derechos del niño, con base en la dignidad de cada persona, las características de los niños y la necesidad general de promover su desarrollo y aprovechar al máximo su potencial (López-Contreras, 2015).

En 1989 en Inglaterra se creó la *Children Act*, cuyo objetivo principal es garantizar a todos los niños y niñas el derecho a la protección contra el abuso y la explotación y el derecho a ser investigados para salvaguardar su bienestar, además que se considera como un mecanismo de reformador de la legislación inglesa en materia de niñez, a través de esta, se otorgan herramientas a la autoridad del como brindar los mejores servicios y protección para los niños y niñas en situaciones de mayor necesitas, pero también, podemos encontrar la mención del principio del interés superior de la niñez, particularmente en cuestiones de bienestar, adopción, crianza, y dentro de las decisiones jurisdiccionales en las que se involucren. Con la finalidad de otorgar una protección integral en las esferas tanto pública como privada, es decir, deberán observarlo, en todo momento, tanto la autoridad como quienes les tuvieran tengan bajo su protección.

Muchos autores, a nivel internacional, hablan de la homologación de dos criterios durante algún proceso judicial, con los cuales se podría respetar este principio, esto es, no solo tomar en consideración el criterio del juez, sino también lo que resulte de la escucha del niño o la niña parte del proceso, pues no se debe olvidar que la niñez deberá ser el centro y el sujeto primordial de protección cuando se vea involucrado en un conflicto de cualquier índole.

Dorothy Roberts (2003), relata, que, en muchas ocasiones, el bienestar de las niñas y los niños, más allá de ser visto como un derecho y se ve desde la perspectiva de un concurso, entre los derechos de los padres siendo aplastados por los del infante. Y esto se entiende, desde la perspectiva, de que la mayoría de los conflictos o situaciones en las que se invoca el principio del ISN, son de carácter civil y familiar, desde la determinación de la patria potestad, pensión alimenticia, o la integración a un núcleo familia como lo sería en caso de una adopción.

Podríamos hacer una analogía, al caso mexicano, desde las acepciones de Roberts (2013)⁵, en las que ubicamos a las niñas, niños y adolescentes dentro de distintas circunstancias que pueden colocarlos en una situación de mayor vulnerabilidad, pues pueden ser encasillados dentro de distintos grupos que requieren atención prioritaria, como lo podría ser con los niños, niñas y adolescentes integrantes de pueblos y comunidades indígenas, que se encuentren en situación de pobreza o situación de calle, víctimas de violencia, trata y tráfico, etc. Con esto nos referimos a que el principio del interés superior de la niñez debe ser prioritario invariablemente, pues son justamente los niños, niñas y adolescentes, quienes sufrirían el mayor perjuicio a corto y largo plazo.

Por tanto, es obligación del Estado proteger a las niñas, niños y adolescentes de los efectos del colosal fracaso de la sociedad para preocuparse lo suficiente por el bienestar de la niñez.

⁵ Roberts hace un análisis relativo a las condiciones de las niñas, niños y adolescentes que se ven, forzosamente ingresados el sistema de servicios sociales infantiles en Estados Unidos, y como la mayoría de estos son afrodescendientes y que se encuentran en condiciones de pobreza, y que estos son más propensos a sufrir violaciones a sus derechos humanos, así como enfrentar obstáculos para lograr un óptimo desarrollo integral, pues aunado a esto, se encuentran en ambientes de gran violencia. El sistema de bienestar infantil no está diseñado como una forma para que el gobierno ayude a los padres a cuidar a sus hijos, sino como un medio para castigar a los padres por sus fracasos amenazándolos con llevarse a sus hijos, priorizando en todo momento, los derechos de la niñez y con el interés superior de estos.

IV. El interés superior de la niñez ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La SCJN es el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía dentro del sistema de justicia mexicano, por lo que es evidente que habrá de pronunciarse respecto al tema que nos ocupa. Este principio constitucional albergado en el artículo 4, estableciendo que el ejercicio pleno de los derechos de la niñez, deben ser criterios rectores para la creación y ejecución de las normas, en ese sentido, las autoridades deberán garantizar que “todos los asuntos, decisiones y políticas públicas en las que se involucren niños, niñas y adolescentes cuenten con el disfrute y goce de todos sus derechos humanos, especialmente los que permiten su óptimo desarrollo” (SCJN, 2020).

Con base en lo anterior es que se establece el ISN, como ya lo hemos ido mencionando, como un criterio orientador interpretativo de cualquier norma de aplicación directa, o bien que indirectamente, pueda afectar sus intereses.

La Corte ha creado jurisprudencia en relación con este principio, de la que tomaremos en consideración tres, la primer de ellas 1ª./J.25/2012 “Interés superior del menor. Su concepto”.

Los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: “la expresión ‘interés superior del niño’ ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

La vinculación del Estado mexicano con los órganos interamericanos de derechos humanos se ve expuesta en esta jurisprudencia, pues la Corte acuña la conceptualización que la Corte Interamericana hizo del principio, habiendo aceptado su jurisdicción desde 1998, México está obligado a obedecer y seguir los lineamientos establecidos por este tribunal.

Habiendo definido el significado del ISN, la Corte pasó a determinar los alcances del mismo, lo que hizo a través de la jurisprudencia 1ª./J.18/2014 “Interés superior del niño. Función en el ámbito jurisdiccional”.

En el ámbito jurisdiccional... Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez. Cuando se trata de medidas legislativas o administrativas que afecten derechos de los menores, el interés superior del niño demanda de los órganos jurisdiccionales la realización de un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión.

Se reafirma que la función del principio dentro de labor judicial, pues sirve para establecer las bases de la interpretación del juez o la jueza tanto del bloque de constitucionalidad como de la normatividad interna en favor de lo que más convenga a la niñez, así como también la construcción de nueva legislación deberá girar en torno a este principio.

Y, por último, en la tesis P./J. 7/2016 (10a.) Interés superior de los menores de edad. Necesidad de un escrutinio estricto cuando se afecten sus intereses:

...todas las autoridades deben asegurar y garantizar que ... tengan el disfrute y goce de todos sus derechos humanos, especialmente de aquellos que permiten su óptimo desarrollo, esto es, los que aseguran la satisfacción de sus necesidades básicas como alimentación, vivienda, salud física y emocional, el vivir en familia con lazos afectivos, la educación y el sano esparcimiento, elementos -todos- esenciales para su desarrollo integral. En ese sentido... cuando los juzgadores tienen que analizar la constitucionalidad de normas, o bien, aplicarlas, y éstas inciden sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es necesario realizar un escrutinio más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida de modo que se permita vislumbrar los grados de afectación a los intereses de los menores y la forma en que deben armonizarse para que dicha medida sea una herramienta útil para garantizar el bienestar integral del menor en todo momento.

Dentro de esta jurisprudencia, se reúne lo dicho por la propia Corte en las interpretaciones anteriores, con la determinación del concepto, los alcances y la función del principio, así como la labor de la autoridad dentro de la interpretación a la luz del mismo y de las obligaciones que se han creado para su aplicación, es decir, todos los pasos a seguir para alcanzar el principal objetivo que se crea con la adopción de este principio, salvaguardar el bienestar de desarrollo integral de la niñez en las esferas pública y privada.

V. Conclusiones

Este trabajo ha planeado una aproximación teórica y jurisprudencial respecto al principio del interés superior de la niñez. Así, encontramos que, en principio, la agenda de derechos de la infancia es nueva en la materia constitucional para nuestro sistema jurídico. Organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil han sido pieza clave para el reconocimiento de este sector poblacional y sus derechos como prioritarios dentro del sistema jurídico, donde cabe recordar, son guías y límites para actuación del Estado.

Así, desde la década de los años noventa, se han emprendido acciones de todo tipo para crear garantías efectivas y tutelas que, materialmente, aseguren el bienestar de niñas, niños y adolescentes. Aunque el camino no ha sido sencillo, cierto es que la reforma constitucional de 2011 marcó un parteaguas en la materia. A diez años de distancia, es momento ideal para evaluar el trabajo realizado y marcar las siguientes rutas, las y los jueces mexicanos ya no solo deben juzgar basándose en el derecho mexicano, sino que se han convertido en jueces convencionales, por lo que deben seguir las disposiciones contenidas en la legislación internacional, para asegurar que se brinde una protección integral de la infancia y que puedan tener un ejercicio pleno de sus derechos, como se ha tratado de exponer, tomando los lineamientos del principio del interés superior de la niñez, como un elemento fundamental e imprescindible de sus decisiones jurisdiccionales, sin embargo, no son a los únicos que les corresponde esta tarea, también los legisladores deberán tomarlo en consideración para la producción legislativa y toda autoridad dentro de sus políticas.

Muchas de las cosas que nosotros necesitamos pueden esperar, los niños no pueden, ahora es el momento, sus huesos están en formación, su sangre también lo está y sus sentidos se están desarrollando, a él nosotros no podemos contestarle mañana, su nombre es hoy
(Gabriela Mistral)

VI. Referencias bibliográficas

- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Sistema.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. Art. 4. 17 de febrero de 1917 (México).
- Comisión Nacional de Derechos Humanos (2018). *El interés superior de niñas, niños y adolescentes, una consideración primordial*.
https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Ninez_familia/Material/cuadri_interes_superior_NNA.pdf
- Esquerda, M. (2013). La capacidad de decisión en el menor. Aspectos particulares de la información en el niño y en el joven. *An Pediatr Contin*. 2013;11(4):204-11.
<https://www.elsevier.es/es-revista-anales-pediatria-continuada-51-pdf-S1696281813701392>
- González Contró, M. (2014). La reforma constitucional en materia de derechos humanos ¿Una revolución de los derechos de niñas, niños y adolescentes? *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 71(280), 81-90.
- González Contró, M. (2012). Un intento por comprender los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes en México. *Dfensor*, 11, 27-31.
- González Contró, M. (2009). La reforma constitucional pendiente en materia de niñas, niños y adolescentes. *Cuestiones constitucionales*, 20, 229-153.
- Gobierno Inglaterra (1989). *Children Act*.
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/data.pdf>
- Goldstein, J. et al. (1996). *The Best Interests of the Child: The Least Detrimental Alternative*. The Free Press, Nueva York.
- Joseph, Albert J. Solnit, Sonja Goldstein, Anna Freud Loera Ochoa, T. y Loera Ochoa, E. (2020). Reflexiones de los derechos de niñas, niños y adolescentes a 30 años de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño. *Derechos Fundamentales a Debate*, 14, 105-134.
- López-Contreras, Rony E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13 (1), 51-70.
- O'Donnell, Daniel (2004). *La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídica Vigente en relación con la Familia*.
http://www.iin.oea.org/ponencia_conferencistas/ponencia_%20daniel_odonnell.htm
- Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General (1989). Convención de los Derechos del Niño.
- Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). De Asís Roig, R. (2006). Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente la teoría de derechos. En Campoy Cervera, I. (ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson.
- Organización de las Naciones Unidas. (09 de octubre de 2021). Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.un.org/es/global-issues/human-rights#:~:text=Los%20derechos%20humanos%20son%20derechos,religi%C3%B3n%20o%20cualquier%20otra%20condici%C3%B3n.&text=Estos%20derechos%20corresponden%20a%20todas%20las%20personas%2C%20sin%20discriminaci%C3%B3n%20alguna>.
- Patiño Manffer, R. (2011). Estado constitucional y derecho internacional de los derechos humanos. El caso particular de los niños de la calle. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 5(28), 187-203.
- Peces-Barba, G. (2007). *Derechos Humanos, especificación y discapacidad*. En: VVAA. Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina, IDHBC; Dykinson.

- Pérez-Luño, E. A. (1998). La universalidad de los derechos. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 15, 95-110.
- Salazar Ugarte, P. (2014). *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*. Instituto Belisario Domínguez.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación 1ª./J.25/2012 Interés Superior del Menor. Su Concepto.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación 1ª./J.18/2014 Interés Superior del Niño. Función en el Ámbito Jurisdiccional.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación P./J. 7/2016 (10a.) Interés Superior de los Menores de Edad. Necesidad de un Escrutinio Estricto Cuando Se Afecten Sus Intereses.

Capítulo III

La suprema corte y su comportamiento de tribunal constitucional

Sumario: *I. Presentación del tema. II. Su comportamiento: Generalidades. III. Algunos ejemplos de este comportamiento. IV. La corte y su nueva teoría de derechos humanos. V. La corte y su parámetro de validez constitucional. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.*

José Barragán Barragán

I. Presentación del tema

El 10 de junio de 2011 se cumplieron diez años de vigencia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Algunas instituciones, como la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, invitan, formalmente, a su valoración y a la reflexión general. Agradezco este ofrecimiento para cavilar sobre el contenido de una reforma sobre derechos humanos de indiscutible importancia, recibida con muchos parabienes por parte de la doctrina especializada, pero mal interpretada y peor aplicada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual no parece encontrar ni su lugar en la historia ni su armonía con el constitucionalismo mexicano.

Esta corte ha sido creada no por una asamblea constituyente, sino por un simple decreto presidencial, bajo el formato de reforma constitucional, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1994, el cual, por un lado, le corta la cabeza al poder Judicial de la federación, y por otro, le reconstruye una nueva cabeza de 11 ministros.

Dicha reforma es tan tiránica⁶ como si mañana, por otra reforma, se dice que, a partir de su entrada en vigor cesa, en sus funciones, el presidente de la república en turno y se crea un Ejecutivo colegiado. ¿Dónde queda el principio de la división del poder para su ejercicio? ¿Se puede modificar este principio a gusto y capricho del llamado poder revisor? De hecho, la misma reforma instaura la posibilidad de anular e incluso de derogar disposiciones generales (mediante controversias) y de anular o de derogatorias generales (a través de las acciones de inconstitucionalidad), al asumir el papel de árbitro político entre los poderes del Estado, que es otra manera de destruir el principio de división del poder público para su ejercicio.

Con independencia de esta ilegitimidad de origen, la suprema corte, desde sus inicios, se autodenominó Tribunal Constitucional, así con mayúsculas, y se autoatribuyó facultades de tribunal constitucional, que, insisto, no estaban entonces, ni están ahora en la constitución. Y así se presenta en la propaganda oficial de todos los días, lo mismo que en su comportamiento diario y ejerce funciones que no tiene.

Tal es el objeto de estudio de este escrito: ver cómo la suprema corte ha asumido este comportamiento de tribunal constitucional y observar cómo hace uso diario de esas facultades que nunca ha tenido, en perjuicio de una sana doctrina en materia de simple impartición de justicia y, en particular, de derechos humanos.

⁶ Para un estudio de detalle de esta iniciativa ver a Barragán, José, “La novísima reforma de la Suprema Corte de Justicia mexicana”, en la *Revista Jurídica Jalisciense*, año 5, número 2, mayo –agosto de MCMXCV, p. 291 y siguientes.

II. Su comportamiento: Generalidades

La palabra “comportamiento” no tiene muchos significados, y todos tienen que ver con la conducta y con la manera de portarse, en este caso, de los señores ministros y, más extensivamente, de los jueces que, subordinadamente, siguen el mismo comportamiento o la conducta que les imponen los ministros.

El enfoque de este escrito es jurídico, en sentido estricto, tanto que, por ejemplo, los autores José Antonio Caballero, Sergio López Ayllón y Alfonso Oñate, a quienes la Suprema Corte de Justicia de la Nación les encomienda la elaboración del famoso *Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*, escriben un artículo en homenaje a Héctor Fix - Zamudio, al cual le ponen el siguiente título *La Suprema Corte y el sistema nacional de impartición de justicia: ¿A dónde va la reforma judicial?*

El “libro blanco” fue publicado en 2006; el artículo fue publicado en 2008. Los autores, al glosar el interesante contenido del “libro blanco” se preguntan: ¿A dónde va la reforma judicial?

Ahora, a mediados de 2021, creo yo, se puede preguntar: ¿A dónde los ministros (en términos de comportamiento personalizado) han llevado las diferentes reformas constitucionales en materia de impartición de justicia?

Esta segunda pregunta a los ministros da pie para contestarla, primero, al escuchar lo que algunos de ellos dicen formalmente en algunas de sus intervenciones, al tomar conocimiento de los diferentes asuntos que llegan a sus manos y al leer lo que expresan en sus propias publicaciones.

Desde que toma conocimiento de la primera acción de inconstitucionalidad (1/95 Fauzi Hamdam Amad y otros)⁷ se suscitó un interesante debate sobre si la suprema corte era competente o no, porque la materia, objeto de la acción de inconstitucionalidad, era de carácter electoral.

Con motivo de este debate algunos ministros expresaron opiniones muy “novedosas”, por decirlo así. Innovadoras respecto a las funciones formales que las constituciones, desde la de 1824 hasta la vigente, le habían encomendado.

Por ejemplo, el ministro Góngora Pimentel (2011), al hablar de la reforma del 31 de diciembre de 1994, dice:

La reforma constitucional que permite suscitar la intervención de la Suprema Corte, para resolver sobre la contradicción entre una norma general y la Constitución, aunque contenga un derecho político, viene a colmar un vacío de la defensa de los derechos políticos que quedaban fuera de protección a través del juicio de amparo.

Esta afirmación es falsa. No existe vacío legal alguno, porque dicha reforma no autorizó que la suprema corte pudiera entrar en el conocimiento de aquellos asuntos políticos, en los que la vigente ley de amparo prohibía la interposición de los juicios de amparo. Además, será hasta la reforma de 1996 cuando a la suprema corte se le facultará para conocer de las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral.

Con todo, el ministro quiso expresar algo más, pues se pregunta:

... ¿Por qué no permitir, entonces, que la bien probada responsabilidad y competencia de la Corte Suprema participe de las inquietudes de la República y ocupe los espacios que una arrogante concepción de lo político se ha reservado para sí?

⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo III, marzo de 1/1995, página 85 y siguientes.

Ha pesado por muchos años la idea de que la Suprema Corte debe ser sólo un poder para dirimir los negocios de los particulares; es necesario que sea un poder para la nación y sus propósitos (Góngora Pimentel, 1995).⁸

No es fácil explicar lo que el ministro quiere decir con su expresión de que es necesario que la suprema corte “sea un poder de la nación y sus propósitos”, en lugar de “ser sólo un poder para dirimir los negocios de los particulares” (Góngora Pimentel, 1995).

Tal vez quiso decir lo que otro ministro, Jesús Gudiño Pelayo, propuso durante ese debate. A saber, que la nueva reforma (de 1994) hacía de la corte “un árbitro político entre los poderes del Estado”; y que la corte no tendría ninguna otra limitación en la interpretación de la constitución, sino la que ella se impusiera.

La suprema corte, por un lado, desde el inicio emprendió un gran esfuerzo por ampliar la reforma del 31 de diciembre de 1994, consciente de que esta reforma se encontraba inacabada, primero, al presentar una propuesta de una nueva ley de amparo, que fue aceptada por el congreso, pero que no fue aprobada sino hasta 2013; después, mediante la realización de una gran consulta nacional, que se aprecia, sobre todo, en el contenido del “libro blanco”, y en las posteriores propuestas de reformas constitucionales, como las publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* en las siguientes fechas: 11-06-2013; 07-02-2014; 10-02-2014; 29-01-2016; 24-02-2017; 06-06-2019; 20-12-2019; y la más reciente del 11-03-21

Por otro lado, y con independencia de los resultados de estas reformas, dicha corte empezó a despachar sus asuntos, al asumir siempre ese comportamiento, no de un tribunal de última instancia, donde se reduzcan los litigios “a un juicio verdaderamente contencioso, en que tenga que recaer formal sentencia”, en palabras del artículo 137 de la Constitución de 1824, sino como un tribunal constitucional, que hasta ahora nunca ha sido, y al ejercer las prerrogativas de un verdadero árbitro político de los poderes del Estado y su facultad ilimitada de interpretación; e inclusive, re-reinterpretación de los enunciados formales de la constitución vigente.

III. Algunos ejemplos de este comportamiento

Toca ahora mostrarle al lector, mediante la cita de algunos ejemplos, la forma en que la corte se “empodera” de estas convicciones personales de algunos de sus ministros y, en los hechos, las convierte en ejercicio de facultades, que no sólo no le están asignadas, sino que positivamente le están prohibidas, como es la prohibición de interpretar los enunciados constitucionales a la hora de emitir sus sentencias (artículo 17, último párrafo, en relación con lo dispuesto en el artículo 72, letra F).

La suprema corte: Única intérprete de la constitución

Empezaré citando la contradicción de tesis 2/2000, cuya copia certificada tengo sobre la mesa, por atención del ministro Gudiño Pelayo. Se trata de una resolución fundamental para comprender en qué sentido la corte se declara única y exclusiva intérprete de la constitución, ya que, en lugar de entrar al estudio de la materia, sujeto de la contradicción de tesis, se dedica a maltratar a la Sala Superior del Tribunal Electoral, pues, dijo cosas como las siguientes:

⁸ Véase, además, Góngora Pimentel, Genaro, su comentario publicado en la *Revista Lex*, de noviembre de 1995 para esclarecer lo que debe entenderse por materia electoral. Al final, se resolvió por seis votos a favor de que fuera sobreeséida dicha demanda; cinco ministros votaron en contra.

_que el control abstracto de la Constitución es de competencia exclusiva de la Suprema Corte, (pág.114);
_que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el único órgano de control de la constitucionalidad de las leyes en materia electoral (pág.117);
__que el Tribunal actuó más allá de las facultades que constitucionalmente le han sido conferidas, invadiendo por consecuencia el ámbito competencial de este Tribunal Constitucional. (pág.133) ... El Tribunal está constreñido en lo sucesivo a acatar ese criterio por serle obligatorio (pág.133);
_que de igual forma debe destacarse que la interpretación que el Tribunal Electoral puede realizar de un precepto de la Constitución Federal debe entenderse que sólo podrá realizarlo con motivo de un examen de un acto o resolución y nunca de manera aislada, ya que de lo contrario ejercería un control abstracto de la constitucionalidad, el cual es competencia exclusiva de esta Suprema Corte... (pág. 133).

Posteriormente, emite el siguiente punto resolutivo:

SEGUNDO. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación carece de competencia para hacer consideraciones y pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma de carácter general, aún a pretexto de determinar la inaplicación de ésta.

Al corte solo le faltó decretar la consignación de los magistrados de dicha sala, pues todavía los reconvinó, diciendo:

En este orden de ideas es indudable que el Tribunal Electoral, al resolver el juicio de Revisión Constitucional Electoral de referencia incurrió en dos errores; el primero, al haberse apartado de lo que es de su competencia y resolver fuera de ella, y el segundo, al establecer una interpretación diversa a la contenida en las Tesis de Jurisprudencia en las que ya se había determinado la interpretación y alcance de los artículos 54 y 116, fracción IV, Constitucionales; en consecuencia dicho Tribunal Electoral, por una parte incurre en inobservancia al artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por otra parte infringe el artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder judicial de la Federación al contravenir un pronunciamiento de este Tribunal que tiene las características de firmeza y obligatoriedad constitucional, proceder que en tal virtud afecta la seguridad jurídica que se busca salvaguardar al resolver estos medios de control constitucional⁹.

La corte hace uso de facultades reservadas para una asamblea constituyente

Ahora se trata del conocimiento de una famosa controversia, la 109/2004, planteada por el presidente Vicente Fox contra la Cámara de Diputados, por motivo de la aprobación del Presupuesto de Egresos para el ejercicio de 2005.

El 15 de diciembre de 2004, la Cámara de Diputados aprueba el Presupuesto de Egresos para 2005, y lo remite al Ejecutivo federal, este se inconforma con ciertas modificaciones que dicha cámara le hizo al proyecto original y, mediante el escrito correspondiente, le hace saber a la cámara esa inconformidad. Recibido en escrito, el 14 de diciembre, la cámara aprueba un acuerdo por el que no se admitió el documento del ejecutivo. El 21 del mismo mes, el Ejecutivo presentó controversia formal, la 109/2004, en contra de la Cámara de Diputados.

La Corte le da entrada a la controversia; la Cámara de Diputados presenta diversos recursos de reclamación, que la suprema corte rechaza. La corte examina el contenido del decreto de presupuesto; suspende la aplicación o el ejercicio de 50 partidas, y un etcétera extenso. Y resuelve con seis votos a favor y cinco en contra, lo siguiente:

⁹ Véase en la misma copia certificada de la resolución, p. 150 y 151. Para un estudio detallado de esta resolución véase Barragán, José "El regreso de la justicia de amparo a la materia electoral", en *Justicia constitucional electoral*, número 7 de la Colección del Tribunal Electoral del poder Judicial de la federación.

Por lo anteriormente expuesto y fundado SE RESUELVE:

Primero. Es procedente y fundada la presente controversia constitucional.

Segundo. Se declara la invalidez del acuerdo de catorce de diciembre de dos mil cuatro reclamado, así como la nulidad parcial del Presupuesto de Egresos de la Federación para el año de 2005, para los efectos que se precisan en el penúltimo considerando de esta resolución.

Tercero. Han quedado sin materia las objeciones de fondo hechas valer en contra del indicado presupuesto.

Notifíquese; haciéndolo del conocimiento de las partes por medio de oficio y, en su oportunidad archívese el expediente como asunto concluido.

Increíblemente cierto. La corte hace gala y se impone como árbitro político entre los poderes del Estado. El ministro Góngora (2004), partidario de hacer de la corte un árbitro político entre los poderes, en esta ocasión votó en contra y, en su voto particular, muy extenso, dijo cosas como estas:

La presente controversia constitucional **no ha sido ordinaria**, pues ha significado el cuestionamiento de las actuaciones de este Alto Tribunal desde su admisión y la concesión de la suspensión, a través de los Ministros de la Comisión de Receso, así como en la resolución de los recursos de reclamación 372/2004 y 371/2004 interpuestos contra ambas determinaciones por medio de los cuales éstas fueron confirmadas, respecto de las que formulé sendos votos particulares, en donde dejé plasmado mi desacuerdo con las posiciones mayoritarias del Tribunal en Pleno.

El problema que, esencialmente, se planteó ante este Alto Tribunal es un problema fundamental para la vida de la República: un conflicto entre poderes respecto del proceso presupuestario en el que debía dilucidarse el papel de la Cámara de Diputados y, en general de la prevalencia del principio democrático que ésta representa, frente al Presidente de la República, es decir, un conflicto entre el presidencialismo dominante que ha caracterizado a nuestro país y la nueva realidad democrática caracterizada por la pluralidad y composición de los Grupos Parlamentarios al interior de las Cámaras. Un presupuesto es el reflejo de las fuerzas tributarias de un país, del estado de su cultura, de la situación de su Hacienda y, esencialmente de sus instituciones políticas y sociales.

La decisión mayoritaria se inclinó por dar la razón al presidente de la República, lo que significa el reconocimiento de una facultad importantísima que pone en quiebre el principio de división de poderes y erosiona de manera grave el principio democrático con motivo de la irregular determinación de los efectos, por lo cual expondré prolijamente las razones por las que considero que la resolución de este Alto Tribunal debió haber sido en sentido contrario.

...

A la luz de este método de interpretación, ¿cuál es el papel de la Cámara de Diputados? El resultado parece ser que el de una oficina de trámite, en donde conviene preguntar no ya sobre la viabilidad democrática de sus facultades, sino sobre la viabilidad de la intervención de la Cámara de Diputados en el proceso presupuestario o bien sobre la concepción de democracia de quien sostiene tal teoría.

Se litigó muy ampliamente en los medios antes, durante y después de emitida la resolución de la suprema corte,¹⁰ sin duda, divertidos por el “encontronazo de los poderes”. Por ejemplo, el periódico *La Jornada*, del 19 de noviembre de 2004, publicó el siguiente comentario:

¹⁰ Véase la publicación de la Dirección General de Bibliotecas de la Cámara de Diputados de González Chávez, Jorge, intitulado *Rechazo del Veto Al Presupuesto de egresos de 2005: Desarrollo cronológico de su tratamiento (diciembre 2004 a febrero de 2005)* Lo único que no se incluye en este libro es la resolución, la cual fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de octubre de 2005.

Los senadores del PRI y del PRD demandaron al presidente Vicente Fox dejar de confrontarse con el Congreso de la Unión y aceptar el Presupuesto de Egresos aprobado en la Cámara de Diputados, o de lo contrario llevará al país a la ingobernabilidad. El priísta Manuel Bartlett Díaz advirtió que el jefe del Ejecutivo se coloca en el papel de "golpista" al intentar pasar sobre la decisión mayoritaria de las bancadas en San Lázaro.

La Jornada, el 6 de febrero de 2006, publica un comentario de Jesús Miranda, donde reproduce pasajes del voto particular del ministro Góngora y de su libro *El veto del Presupuesto de Egresos*:

Góngora reprocha que, al resolver la controversia constitucional 109/2004, en la que el presidente Vicente Fox impugnó parte del Presupuesto de Egresos 2005, la Corte incurrió en la aprobación de una "reforma jurisdiccional de la Constitución" -es decir, que los ministros legislaron, cuando ésa es una atribución exclusiva del Poder Legislativo-, para crear una facultad presidencial de vetar el presupuesto y, lo que es peor, la aprobación del "veto parcial" en favor del Presidente de la República para que no se ejerciera la parte del presupuesto impugnado hasta que hubiera una resolución definitiva, lo que vulneró gravemente la división de poderes.

En su libro, en el que no sólo reproduce su voto particular en las diferentes votaciones que se realizaron, sino además hace una narración de cómo se fueron dando los hechos, Góngora enfatiza: "Lo que no aprobó el órgano reformador de la Constitución fue concedido (en favor del presidente) por este alto tribunal".

Las discusiones en una y otra cámara del congreso igualmente estuvieron divertidas, porque se estuvo demandando el juicio político contra los ministros.

Bien, en atención a mis alumnos, diré que, efectivamente, el titular del Ejecutivo tiene derecho de veto, respecto de cualquier acto del Congreso de la Unión, o de una y otra cámara, salvo cuando, cito la última parte del artículo 72, texto vigente:

Artículo 72. ...

...

J.— El Ejecutivo de la Unión no puede hacer observaciones a las resoluciones del Congreso o de alguna de las Cámaras, cuando ejerzan funciones de cuerpo electoral o de jurado, lo mismo que cuando la Cámara de Diputados declare que debe acusarse a uno de los altos funcionarios de la Federación por delitos oficiales.

Tampoco podrá hacerlas al decreto de convocatoria que expida la Comisión Permanente.

En mi opinión, el pleno de la Cámara de Diputados nunca debió rechazar el escrito de observaciones de Vicente Fox. Lo constitucional era darle entrada; remitirlo a dictamen de las comisiones encargadas de determinar el presupuesto y, solo después, pronunciarse sobre dicho veredicto, cualquiera que fuera su sentido.

En consecuencia, habiendo violado las formalidades del trámite previsto en el artículo 72, la suprema corte única y exclusivamente debió darle entrada a la controversia para estudiar si hubiere habido alguna violación sobre dicho trámite y acordar la devolución del escrito del veto, a fin de subsanar la anomalía del trámite referido sin entrar jamás al examen del contenido del decreto y muchísimo menos anularlo.

En este supuesto, lo dicho por Góngora Pimentel es más que justo. Y los legisladores debieron procesar penalmente a los ministros que aprobaron esta sentencia. Siempre es posible la anulación de todo el contenido de una disposición o de una norma general, aun sin tener facultad alguna para ello.

IV. La corte y su nueva teoría de derechos humanos

La suprema corte legisla, como lo advirtió el ministro Góngora Pimentel durante el debate de la controversia 109/2004 en materia de presupuesto; aunque, en este caso, lo apropiado no es decir que la corte legisla, sino que ejerció una función reservada única y exclusivamente a la Cámara de Diputados, donde alteró la constitución en materia de principios fundamentales, que no pueden ser objeto ni de adiciones ni de reformas por parte del poder revisor. De aquí los amagos por someter a los ministros a juicio político.

Legislar y alterar el contenido de la constitución vigente es algo que los ministros hacen con mucha o demasiada frecuencia. Y lo hacen por cada una de las diferentes vías constitucionales, habilitadas para hacerle llegar, o para hacerse llegar (por atracción) toda clase de asuntos de los que pueda tomar conocimiento o de los que quiera tomar conocimiento (por la vía de la atracción). Lo hacen con toda perversidad. Lo hacen con fascinación y un gusto extremo por obrar como tribunal constitucional, como lo afirmó el ministro José Ramón Cossío con motivo de la resolución del Amparo Directo Civil 6/2008, a propósito del cual, se aprueba la famosísima tesis de la nueva teoría sobre derechos humanos, fundamentada, en opinión de los ministros, sobre la idea de dignidad.

Esta nueva teoría, si así se puede calificar, se aprueba con motivo del estudio del Amparo Directo Civil 6/2008. Quien promueve la demanda de amparo es una persona que, al nacer, fue registrada como varón, de conformidad con el código civil vigente en el entonces Distrito Federal.

Años más tarde, se inconforma y promueve ante la justicia ordinaria el cambio de los asientos registrales para que sea registrada bajo el sexo femenino. Obtiene la orden del juez de lo familiar para que el encargado del registro inscribe el cambio de sexo autorizado. El registrador, según lo ordenaba el entonces vigente artículo 138, agrega al formato original de su registro como varón, la nota marginal del cambio de sexo, ordenado por el juez.

La interesada se inconforma diciendo que debe levantarse un registro nuevo enteramente, pues, al solicitar alguna copia certificada de dicho asiento registral modificado, siempre aparecería el registro de origen, así como el del cambio autorizado por el juez.

Pide aclaración de sentencia. No le satisfizo. Y se fue en apelación ante el Supremo Tribunal del Distrito Federal, el cual confirma las actuaciones anteriores. Persistiendo la inconformidad, la interesada recurre a la vía del juicio de amparo, el cual es atraído a petición de José Ramón Cossío.

El asunto litigioso se resolvió por unanimidad, precisando que seis de los ministros declararon que la sentencia recurrida del supremo tribunal era inconstitucional y se aclaró que el enunciado del artículo 138 sí era constitucional; mientras que otros cinco ministros emitieron votos particulares concurrentes, bajo el argumento de que no era la sentencia, sino el enunciado del artículo 138 el que resultaba inconstitucional. Pese a esa inexplicable contradicción de opiniones, todos coincidieron en que a la parte quejosa se le habían vulnerado su derecho a la dignidad y los derechos derivados de la dignidad, que son inherentes al ser humano. Es en este expediente donde los ministros desarrollan y proclaman, por primera vez, su teoría sobre derechos humanos. Y tienen a bien darle vigencia aprobando la siguiente tesis, cuyo tenor es el siguiente:

Dignidad humana. El orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales.

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, (el artículo 1º) junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, **reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser**

respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal.

Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad (Novena Época; Registro 165813; Instancia: Pleno; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Tomo XXX. Diciembre de 2009, Materia(s): Constitucional; Tesis: P. LXV/2009; Página: 8.

El expediente es muy interesante: por la proclamación de esta tesis; por la doctrina de derecho comparado que invoca; por los enunciados de tratados internacionales que se incorporan, porque hablan de la dignidad; porque la corte autoriza a los jueces a llenar los lagunarios que encuentren en las leyes para proteger derechos humanos; porque la corte hace uso de esta facultad legislativa para colmar dichos lagunarios; porque el asunto litigioso es en sí mismo interesante, como lo declara Cossío (2001), quien afirma:

El caso que hemos discutido hoy en sus rasgos básicos puede ser descrito en términos que hacen intuitivamente evidente para todos, juristas o no, que se trataba de **un verdadero caso constitucional**.

Este expediente lo he estudiado en sus detalles en el libro *La Suprema Corte como Tribunal Constitucional*. Aquí solamente añadiré que dicha tesis, con ser aislada, se ha impuesto con mayor fuerza, que si hubiera sido declarada obligatoria.

Como nueva teoría de la suprema sobre derechos humanos, la está aplicando de manera regular y constantemente a todos los demás asuntos en que la propia corte entiende que se compromete la dignidad de un quejoso, o su derecho al libre desarrollo de su personalidad, según el cual el ser humano tiene derecho para cambiar su plan de vida cuantas veces quiera sin importar que dicha modificación pueda implicar necesariamente la comisión de ilicitudes, pues para eso está la corte, para anular toda clase de barreras, como ha ocurrido con los amparos en materia de marihuana o sin importar si el cambio de plan de vida acarrea graves perjuicios a los menores previamente concebidos en pareja, de conformidad con el respectivo plan de vida de dicha pareja, tal como se aprecia en los juicios de amparo por divorcios incausados.

Mi crítica

Lo primero que se puede decir es que, efectivamente, la idea de dignidad es muy hermosa y siempre muy atractiva. Para quienes creemos en la divinidad y aceptamos las palabras del *Génesis* sobre la creación del hombre, que crea a su imagen y semejanza, la dignidad, además de idea abstracta, es una realidad: el ser humano, todo ser humano es esencialmente digno al ser creado a imagen y semejanza de Dios con un alma, que trasciende a la eternidad, según mis creencias. ¿Acaso es esta la idea de dignidad que ha proclamado la corte?

La idea de dignidad es igualmente muy atractiva para el derecho internacional, en cuyos tratados se incorpora con mucha frecuencia, se dice, inclusive, que es inherente al ser humano, no sé si profesando o no mis creencias religiosas; y es también una idea muy atractiva para los positivistas, seguidores de las teorías kelsenianas, al propugnar su incorporación a las constituciones con la fuerza que la norma misma le pueda imprimir.

En suma, hay, en la actualidad, mucha literatura especializada sobre la dignidad. Puedo citar al menos la que generan los compañeros y los amigos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, como *Teoría General de los Derechos Humanos* de Germán J. Bidart Campos; algunas de las obras de Jorge Carpizo, como su libro *Derechos humanos y ombudsman*, y su artículo “Los derechos humanos: Naturaleza, Denominación y Características”, publicado en la *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*; su libro en coautoría con Diego Valadés, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*; el libro en coautoría de J. Jesús Orozco y Juan Silva Adaya, *Los derechos humanos de los mexicanos*; el libro de Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*; el libro de Enrique Carpizo, *Derechos fundamentales y la interpretación constitucional. La Corte y los derechos*.

Puedo agregar que es aceptable que las constituciones lleguen a “positivizar” el valor o los valores de la idea de dignidad, pero sin permitir que el ordenamiento jurídico juegue, como dice Carpizo, reconociendo la dignidad en unos seres humanos y negándosela a otros, como lo harían los dioses paganos de los que también habla Carpizo (2013):

_es el orden jurídico el que otorga la calidad de persona al ser humano; es decir, persona es una categoría jurídica que se puede conceder o no, o de la cual se puede excluir a un ser humano o a un grupo de ellos, como pueden ser los esclavos, los extranjeros, las mujeres, por razones de raza o por preferencias sexuales (Amparo844/2016).

Es un hecho que la constitución mexicana aún (mayo de 2021) no ha positivizado como derecho fundamental la idea de dignidad; tampoco dice que la dignidad sea el origen de todos los demás derechos humanos ni dice tampoco esas otras cosas bonitas de las que habla la tesis transcrita:

Dignidad humana. Definición. La dignidad humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos (*Semanario Judicial*, 2011, pág. 1528).

...

Dignidad humana. Su naturaleza y concepto (*Semanario Judicial*, 2011, pág.1529).

++ La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

++. En virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo,

++. Cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna.

La corte está mintiendo en toda la construcción de este pensamiento. La idea de dignidad, gramaticalmente, es un sustantivo abstracto, que solamente tiene existencia en la mente humana. No se halla fuera de nuestra mente. Sirve para designar a las personas, a los animales y a las cosas.

Para la dialéctica, la dignidad es una idea, es decir, una imagen mental o una representación mental o un signo, de una persona, de un animal o de una cosa. En particular, y según la misma dialéctica, la idea de dignidad es:

- i. Por razón de su origen, una idea **primitiva**, es decir, que la mente la toma al tener presente el objeto que califica de digno.
- ii. Por razón de su objeto, es una idea **abstracta**, porque es la forma desprendida del objeto calificado como digno.
- iii. Por razón de su extensión, es una idea **universal**, porque se encuentra multiplicada en muchos.

iv. Por razón de la perfección con que representa sus objetos, es una idea **oscura**, porque no basta para distinguir un objeto, que es calificado de digno, por ejemplo, el hombre; de otro objeto diferente, que es igualmente calificado de digno, por ejemplo, el cargo de un ministro de la corte. Es decir, la dignidad se predica de **manera diferente** de un objeto a otro.

v. Es una idea **confusa**, porque la idea de dignidad no distingue las notas del mismo objeto del que se habla.

vi. Es **inadecuada**, porque la idea de dignidad no da todas las notas del objeto al que se aplica

vii. Es **análoga**, porque toma notas únicamente de mera semejanza.

En suma, la idea de dignidad, a la luz de la dialéctica, es **primitiva, oscura, confusa, inadecuada, simple, abstracta, universal y análoga**.

Por último, para apreciar la falsedad de esta tesis; así como para mostrar el semianalfabetismo jurídico de los ministros que la patrocinan, mostraré lo que le dice, según la crónica parlamentaria, León Guzmán y Ponciano Arriaga a Ignacio Ramírez, acerca del origen de los derechos del hombre:

El señor Guzmán dice que el preopinante ha tocado a un tiempo tres distintas cuestiones: primera, ¿existen los derechos del hombre?; segunda, ¿son estos derechos las bases de las constituciones sociales?; y tercera, ¿cuál es el catálogo de estos derechos?

Confiesa el señor Guzmán que el señor Ramírez pone a la comisión en tortura, porque no puede contestar a todas sus preguntas y objeciones, y porque parece no creer en la ley natural, y así, acaso, no aceptaría las respuestas que en ella se funden.

Por esto se va a valer de hechos. El señor Ramírez no negará que el hombre es un ser eminentemente libre y eminentemente social; que al reunirse los hombres en sociedad convienen en sacrificar un poco de su libertad natural para asegurar la demás, y que esta parte de libertad que se reservan todos los individuos, es lo que constituye el derecho del hombre en sociedad, y asegurar este mismo derecho debe ser el fin de las constituciones y de todas las leyes, y, así, la Comisión ha tenido razón para decir que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales.

Es evidente, pues, que los derechos existen y que ellos deben ser el fin de la ley. En cuanto al catálogo de derechos, se abstiene de examinar si es completo el que presenta el proyecto en sus varios artículos por no ser oportuno por ahora y esperando que, cuando llegue el caso, los representantes llenen el vacío que encuentren (Nieto et al. 2015, pág. 282).

Ignacio Ramírez ya no respondió. No obstante, otro miembro de la comisión, Ponciano Arriaga, tuvo a bien sumar a lo dicho por León Guzmán, lo siguiente:

Réplica al señor Ramírez que los derechos no nacen de la ley, sino que son anteriores a toda ley, y el hombre nace con ellos.

El derecho a la vida, el de la seguridad, etcétera, existen por sí mismos y a nadie ha ocurrido que se necesite una ley que conceda a los niños el derecho de mamar, y a los hombres todos el de alimentarse y el de vivir (Nieto et al. 2015).

V. La corte y su parámetro de validez constitucional

La suprema corte, con motivo de la toma de conocimiento de la contradicción de tesis 293/2010, la cual es resuelta después de la entrada en vigor de las reformas del 6 y del 10 de junio de 2011 o es dictaminada en el contexto de las referidas reformas, aprueba dos tesis, la primera, para proclamar el nuevo parámetro de control de validez constitucional y, la segunda, para inculcar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la corte interamericana.

Las dos son tesis muy interesantes. Con todo, ahora solo diré unas palabras sobre la primera, porque la suprema corte, mediante la concepción de esta tesis, y a través de su rigurosa

aplicación, ha convertido a todos y a cada uno de los enunciados constitucionales, ahora vigentes, que no tengan contenido de derechos humanos, en parte del ordenamiento jurídico secundario. En consecuencia, subordinados al principio de supremacía constitucional, que solamente tienen los enunciados de derechos humanos; haciéndolos susceptibles de ser anulados y derogados, si el amparo de un derecho humano así lo exigiera. Trataré primero la tesis y luego cómo la aplica con algunos ejemplos.

El nuevo parámetro de control de la regularidad constitucional

He aquí el enunciado en que la corte proclama este principio (SCJN, contradicción de tesis 293/2011):

Sexto. Criterios obligatorios. De acuerdo con lo anterior, deben prevalecer con carácter de jurisprudencia los criterios establecidos por este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los siguientes términos:

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 ...

Posteriormente, en el cuerpo de la tesis, dice:

En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

Según entiende la corte, este nuevo principio y cómo lo aplica, en adelante, la validez de todos y de cada uno de los enunciados del texto vigente de la constitución deben ser analizados conforme a este nuevo parámetro de control de regularidad constitucional.

La corte lo ha impuesto como un criterio obligatorio y ella misma lo aplica como tal en cada uno de los supuestos de que toma conocimiento. La suprema corte entiende que las reformas permiten reinterpretar el concepto de supremacía constitucional. Dice en esta sentencia, según su engrose:

La problemática antes enunciada conduce a este Tribunal Pleno a replantear el concepto de supremacía constitucional para dar cuenta de su operatividad a la luz de las reformas constitucionales, y en especial del nuevo artículo 1º, con motivo del surgimiento de un nuevo parámetro de control de regularidad constitucional, cuya construcción ya ha sido adelantada por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en algunos pronunciamientos (SCJN 293/2011, pág. 31)¹¹.

¹¹ Este es el propósito de este pleno, nada menos que replantear el concepto de supremacía constitucional, algo que ni siquiera el poder revisor podría hacer, pues se trata de alterar un principio fundamental que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 39, solamente puede hacer una asamblea constituyente. Se está ante un obrar deliberado de la corte, se reconoce que, como ni siquiera la misma reforma se propuso alterar dicho principio de supremacía establecido en el artículo 133, ahora la corte deliberadamente hace la alteración total de dicho principio y pone su sede en el artículo 1º, dice que ese principio de supremacía única y exclusivamente se debe predicar de los derechos humanos y excluye deliberadamente el alcance de esta supremacía al resto de las materias contenidas en la constitución.

El principio de supremacía tradicionalmente ha estado consagrado en el artículo 126 de la Constitución de 1857, y en el artículo 133 del texto actualmente en vigor, el cual no fue objeto de las reformas mencionadas. La suprema corte altera por completo la materia que goza de esa supremacía. Y no es toda la materia de cada enunciado de la constitución, sino única y exclusivamente es la de enunciados de derechos humanos. En efecto, dice el engrose:

En este sentido, una de las principales aportaciones de la reforma constitucional es la creación de un conjunto de normas de derechos humanos, cuya fuente puede ser, indistintamente, la Constitución o un tratado internacional.¹²

...

Así, este conjunto (de normas de derechos humanos) integra el nuevo parámetro de control de regularidad o validez de las normas del ordenamiento jurídico mexicano (SCJN, 293/2011, pág.32).¹³

Ejemplos de cómo se aplica este nuevo parámetro de validez constitucional

Citaré ejemplos que han sido estudiados por su servidor en el libro *La Suprema Corte como Tribunal Constitucional*.

A). En materia de contrato de matrimonio

El contrato de matrimonio está regulado en el respectivo código civil de los estados. Esta materia, como muchas otras, forma parte del régimen soberano interno de cada estado. Y esta soberanía interna encuentra su fundamento en el artículo 39 en relación con el 40 y el 41, entre otros, de la constitución.

Esto era cierto hasta ayer o antes de que la suprema corte impusiera su criterio respecto al nuevo parámetro de control de validez de las normas del ordenamiento jurídico mexicano.

Ahora, al imperar el nuevo criterio, la corte ha declarado inconstitucionales todas las leyes locales que, al estar fundadas sobre el principio de la soberanía interna de cada estado de los artículos 39, 40 y 41, resulten contrarias al concepto personalizado que los ministros aprobaron del contrato de matrimonio y así se expresa en la siguiente tesis de la primera sala:

Matrimonio. La ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de aquél es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional (SCJN, 293/2010).

Estos son los nuevos efectos de las sentencias de los juicios de amparo.

Esta declaración se ha repetido muchas veces en la misma materia reguladora de los contratos de matrimonio, cuando la corte impone el divorcio incausado, como lo hace en el siguiente ejemplo:

¹² Es falso que la reforma haya modificado el orden jerárquico que el artículo 133 establece entre el contenido de la constitución y la materia, cualquiera que sea, de los tratados. Es decir, ningún tratado puede gozar del principio de la supremacía de que solamente goza la constitución, por la simple razón de que los tratados adquieren vigencia por voluntad del Ejecutivo y del congreso, como autoridades ordinarias sujetas a la constitución, tal como debiera conducirse este pleno, mientras que la constitución adquiere vigencia por la voluntad de todo el pueblo mexicano, expresada por voz de una asamblea constituyente y los tratados pueden dejar de existir a voluntad del Ejecutivo, mientras que el texto constitucional nunca podría quedar a la discrecionalidad de dicho Ejecutivo.

¹³ Aquí está la conclusión de todo el esfuerzo creador de la corte. Y se debe destacar que la corte incluye entre las normas del ordenamiento jurídico sujeto a este control de validez, a todas las materias de la constitución, que no sean derechos humanos.

Divorcio necesario. El régimen de disolución del matrimonio que exige la acreditación de causales, vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad (códigos de Morelos, Veracruz y legislaciones análogas) (SCJN, tesis 1ª/j. 28/2015 (10ª)).

Estos son también los nuevos efectos de las sentencias de los juicios de amparo.

B). En materia de marihuana

Es otra materia en la que la sala primera ha conocido de diferentes demandas de amparo interpuestas contra un acto de denegación del permiso solicitado para sembrar, cultivar, procesar y consumir marihuana con fines lúdicos y recreativos y, en todos los casos, ha emitido sentencias de amparo y protección y la tesis *Inconstitucionalidad de la prohibición absoluta al consumo lúdico o recreativo de marihuana prevista por la ley general de salud*.

Esta tesis fue acompañada del enfrentamiento con el Congreso de la Unión, quien fue emplazado a emitir la nueva regulación de la marihuana. Estos son igualmente los nuevos efectos de las sentencias de amparo.

Todos los tipos penales que existen en el ordenamiento de cualquier país del mundo, que esté sujeto al Estado de derecho; así como todos los ilícitos administrativos que existen en todos los ordenamientos del mundo, que estén sujetos al Estado de derecho; tienen como fundamento el principio de las limitaciones al ejercicio de la libertad.

Este principio en México está enunciado en el artículo 5º constitucional, el cual permite realizar cualquier actividad o acto, siendo lícitos. Y, desde luego, las ilicitudes las impone el órgano legislativo, o la autoridad administrativa, tal como lo ordena el mismo enunciado del artículo 5º. Por ello, todas las prohibiciones contenidas en la Ley General de Salud, están fundadas en dicho artículo, e indiscutiblemente son constitucionales. Para la corte, el enunciado de este artículo debe subordinarse, entre otros, al derecho a cambiar el respectivo plan de vida, así sea el plan de pertenencia a la delincuencia organizada.

Vuelvo a insistir, para la suprema corte todo el ordenamiento jurídico es derogable, incluidos los enunciados constitucionales que, en opinión de dicha corte, resulten contrarios, o impidan el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual protege irrestrictamente el derecho de cambiar el respectivo plan de vida.

C). En materia de violaciones del debido proceso

Ahora abordaré supuestos penales, formalmente puestos a la consideración del juez o del tribunal competente. El inculpado, o su representante legal, demanda juicio de garantías por violaciones del debido proceso.

La regla establecida por el ejemplo de la suprema corte es siempre la de amparar positivamente al inculpado, incluso al sentenciado; liberarlo lisa o llanamente. Esto es exactamente lo que la primera sala hizo en el tristemente caso de la dama francesa Marie Louis Florence Cassez Crepin, a quien, al estar sentenciada, fue favorecida por la siguiente resolución del Amparo Directo en revisión 517/2011:

Primero: Se revoca la sentencia recurrida.

Segundo: la Justicia de la Unión ampara y protege a Florence Marie Louis Cassez Crepin, en contra de la autoridad y el acto reclamado (la sentencia dictada por el Primer Tribunal Unitario en materia penal del primer circuito, el dos de marzo del dos mil nueve, en los autos del Toca Penal 198/ 2008.

Tercero: A través del medio de comunicación más eficaz comuníquesele a la autoridad penitenciaria el sentido de este fallo, y ordénese la libertad absoluta e inmediata de Florencia Marie Louis Crepin.

Este caso ha sido litigado dentro y fuera del sistema de impartición de justicia por maestros y abogados especialistas; por la diplomacia consular; por los medios de comunicación social. Hay, pues, opiniones para todos los gustos. Por ejemplo, Luis de la Barrera Solórzano, publica en la *Revista Perseo. Programa Universitario de derechos humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México* (número 1, marzo de 2013), un artículo y lo titula *Florence: ni debido proceso ni pruebas*.

El título lo dice todo, desde el punto de vista de la estricta justicia. Y dice que la única instancia que hizo mal su trabajo, a la postre y en definitiva, fue la corte.

Así es, la primera sala, al actuar como un supuesto tribunal constitucional y con unas supuestas facultades ilimitadas, exonera de toda culpa a la dama francesa inculpada y sentenciada en primera y segunda instancia, y decreta su liberación absoluta de todo cargo, sobre la consideración de violaciones graves del debido proceso, paradójicamente cometidas fuera del proceso, en estricto sentido, el cual inicia en el momento en que el inculcado es presentado ante el juez de la causa.

Las violaciones, según la sala, fueron gravísimas; merecían ser castigadas. Nunca fueron ni han sido castigadas. Tampoco ocurrieron en presencia de los jueces.

Al margen de este hecho, la suprema corte entiende que toda violación del debido proceso es causa de eximente de responsabilidad. Y en esto está completamente equivocada. Y peor aún, establece este precedente, relativo a la exoneración plena de la sentenciada Florence Cassez, que, en los hechos, o en la práctica, se ha impuesto como una regla obligatoria para todos los jueces.

Se debe recordar que la constitución permite a los jueces, al valorar las pruebas, anular aquellas que hayan sido obtenidas ilícitamente. Nada más.

La primera sala tuvo varias oportunidades para tomar conocimiento a fondo de todo el contenido del expediente de Florence Cassez. En efecto, su abogado, desde el primer momento, el 5 de mayo de 2007, interpuso un amparo, registrado con el número 24/2007, y alegó violaciones de sus garantías constitucionales. Dos días después incorporó un escrito de ampliación de la demanda de amparo, denunciando la inconstitucionalidad de los artículos 194, 399 y 399 Bis del Código de Procedimientos Penales.

Este amparo se radica en el Tribunal Unitario del Primer Circuito del entonces Distrito Federal, el cual emite sentencia el 22 de febrero de 2008: niega que el artículo 194 sea inconstitucional y sobre ese respecto de la inconstitucionalidad de los artículos 399 y 399 Bis; se interpone amparo en revisión ante el Tribunal Colegiado en materia Penal del primer Circuito del entonces Distrito Federal. Se acuerda su admisión, con el número R.P. 47/2008, levanta el sobreseimiento y remite los autos a la suprema corte.

La corte admite el recurso y la turna a la primera sala, la cual se declara competente el 22 abril: solicita la opinión del procurador general, pero no hizo nada para evitar que la juez competente emitiera la primera sentencia condenatoria, ello hizo imposible de reparar las violaciones alegadas por Florence Cassez, según la opinión de la primera sala y se archiva el expediente, por “considerar consumadas irreparablemente las violaciones reclamadas”.

Emitida la primera sentencia condenatoria, el abogado de Florence Cassez la recurre ante el Primer Tribunal Unitario del Primer Circuito en materia penal de Distrito Federal, el cual dicta sentencia el 2 de marzo de 2009, en la toca 198/2008: modificó la sentencia del primer grado, encontrándola culpable.

En contra de esta segunda sentencia, el abogado de Florence interpone el amparo directo 423/2010 ante el Séptimo Tribunal Colegiado, quien emite sentencia denegatoria el 10 de febrero de 2011. Y aquí debió terminar el proceso.

Sin embargo, todavía hubo un nuevo amparo directo en revisión, 517/2011, ante la suprema corte. Buenamente o malamente admitido este amparo, lo cierto es que la primera

sala tuvo esta otra oportunidad para entrar a revisar el contenido de todo el expediente y de todas las actuaciones.

Pero tampoco lo hizo, pues única y exclusivamente se ocupó del montaje noticioso; se rasgaron las vestiduras los ministros y resolvieron emitir la sentencia liberatoria, asumiendo el comportamiento de tribunal constitucional y ejerciendo facultades ilimitadas, tanto que hasta el propio ministro José Ramón Cossío (2011) le reprochó a la sala, en el momento de emitir su voto, de la siguiente manera:

Yo sigo insistiendo en que se dieron violaciones, que estas violaciones son graves, que estas violaciones no pueden ser permitidas, pero difiero de los efectos que acaba de señalar la señora ministra. A mi parecer no podemos llegar a esos extremos **por Tribunal Constitucional que seamos**; consecuentemente, voto por el amparo, pero no por los efectos.

Finalmente, la suprema corte, como tribunal de última instancia, de conformidad con la legislación histórica, que nunca se ha derogado, pero sí olvidado, tiene la facultad para revisar, en plenitud de jurisdicción, cualquier expediente por medio de los llamados juicios de nulidad; lo mismo que por medio del juicio de responsabilidad y así esclarecer, con absoluta propiedad, si hubo debido proceso y si hubo debida probanza, como parece exigir Luis de la Barreda Solórzano.

Independientemente de todas esas y de otras posibles irregularidades e ilicitudes, lo que ahora interesa destacar es el hecho mismo de tomar las violaciones del debido proceso como eximentes de culpabilidad. Este extremo es criminal, porque se constituye como otra violación del debido proceso; porque perjudica inmensamente a las víctimas y a la sociedad entera, y porque, en resumidas cuentas, nunca se castiga por estas violaciones, ya se hubieran cometido durante la averiguación previa, por los mismos jueces, por los magistrados y, desde luego, por los ministros.

VI. Conclusiones

Tres son los grandes problemas en que se ha metido la suprema corte: el primero es su autoconversión en tribunal constitucional y operar como si realmente lo fuera; el segundo es la auto atribución de la facultad ilimitada de interpretación de la constitución, y el tercer gran problema tiene que ver con la materia de derechos humanos, al afirmar, por un lado, que la idea de dignidad es un derecho fundamental y origen de todos los demás; mientras que, por otro, al poner el principio de supremacía constitucional única y exclusivamente sobre los enunciados de derechos humanos, y al declararlo como parámetro de control de la validez constitucional de todo el ordenamiento jurídico mexicano.

El lector puede verificar con la simple lectura del texto constitucional vigente cada una de estas falsedades: la Corte no es tribunal constitucional en el sentido en que se proclama y en el sentido en que opera.

Incluso, ya dejó de ser tribunal de última instancia, pues, en materia de derechos humanos precisamente quedó subordinada a la corte interamericana, la cual, en sus sentencias condenatorias del Estado mexicano, en realidad la incrimina de complicidad con dicho Estado, por violar la convención americana, al negarles a los quejosos el amparo y la protección que, posteriormente, solicitan y la obtienen de dicha corte interamericana.

La suprema corte se conduce con falsedades graves en extremo. No parece sino conducirse con el cinismo, que el pleno mismo de esta corte reprocha con motivo del expediente sobre la masacre del Vado de Aguas Blancas:

_Infortunadamente, existe la propensión de incorporar a nuestra vida política lo que podríamos llamar la 'cultura del engaño, la maquinación y la ocultación'. En efecto, graves acontecimientos han ocurrido en el país, de enorme importancia y trascendencia en esas decenas, que, en vez de ser afrontados con reconocimiento y deseos de superación, se han pretendido esconder, a pesar del alto costo social que tienen el engaño y el ocultamiento. Parecería que no nos atrevemos a enfrentar la verdad. Pretendemos, aparentemente, no perder la confianza nacional e internacional, no a través de reconocer sencillamente nuestras fallas y nuestras equivocaciones, sino ocultando las equivocaciones. Es bien sabido que para sostener una mentira hay que seguir mintiendo, y en forma sumamente compleja. Por absurda que sea la versión artificialmente elaborada, debe de sostenerse con mayor énfasis dentro de una explicación oficial, vigorosamente sostenida a pesar de su incongruencia.¹⁴

Por último, en México ningún juez tiene facultad alguna de interpretación, ya que el artículo 14, último párrafo, en relación con el artículo 72, letra F, lo prohíben de manera expresa:

Artículo 14. ...

...

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho.

Los ministros, manifiestamente no acatan esta prohibición. Pero esta restricción, que siempre ha existido, no está sola, pues claramente el artículo 72, letra F, hace una reserva formal a favor del congreso en materia de interpretación de las leyes o decretos:

Artículo 72. ...

...

F. En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación.

Y para ponderar la gravedad de esta clase de ilícitos, cometidos por la Corte mexicana, termino citando dos párrafos de un excelente artículo de Ignacio Villaverde Méndez, de la Universidad de Oviedo, España, el cual lleva el título de *Verdad y Constitución. Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales*:

El derecho, son enunciados que contienen proposiciones prescriptivas, de ahí que resulte relevante hablar de verdad en la interpretación y aplicación de esos enunciados, en que lo que es, es. Y aquí lo que es, lo verdadero, es el enunciado identificable y que vale, el válido. Esa fidelidad al enunciado literal y válido tiene una profunda conexión con el Estado de derecho y el democrático, porque el primero quiere erradicar la voluntad para sustituirla por la norma, y la fidelidad a la letra del enunciado es una garantía de interdicción de la voluntad del intérprete y aplicador. Y para el segundo, ligado a lo anterior, ese enunciado prescrito es la expresión de la voluntad de los ciudadanos, que no puede ser sustituida por la del interprete o aplicador.

¹⁴ Este comentario se encuentra bajo el rubro del Considerando segundo, subtítulo "Análisis de los elementos de la investigación, número 5, de este Informe sobre las violaciones graves a las garantías individuales y los sucesos de aguas blancas del 23 de abril de 1996.

Aun así, la **verdad** en la interpretación estriba en la fidelidad a la letra de la ley porque de esa forma se está razonablemente seguro y se tiene certidumbres sobre que cabe esperar de esa norma, de la regla del juego y de las consecuencias de mi comportamiento y del de los demás. Otra vez la verdad hebrea. El Estado de derecho es un mandato de fidelidad al enunciado, reforzado y legitimado políticamente por el Estado democrático donde esa fidelidad no solo sirve a la interdicción de la voluntad individual, también preserva la voluntad del soberano que no puede ser suplantada ni usurpada por la individual.

VII. Referencias bibliográficas

- Barragán, José, (1995) "La novísima reforma de la Suprema Corte de Justicia mexicana", en la Revista Jurídica Jalisciense, año 5, número 2, mayo –agosto de MCMXCV.
- Caballero, López Ayllón y Oñate, (2006) "Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México"
- Cosío Díaz, José Ramón (2001) "La improcedencia, el sobreseimiento en la controversia constitucional", publicado en la Revista Jurídica Jalisciense, año 10, No. 2, Julio-diciembre.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro I, octubre de 2011, Tomo III. 1/1995; Tomo III, (9ª)
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1ª/J. 28/2015 (10ª). Tesis Aislada, 45/2009, (9ª) Tomo XXX. Contradicción de Tesis 293/2011
- Tribunal Electoral del poder Judicial de la Federación. (2006). *El regreso de la justicia de amparo a la materia electoral*, en Justicia constitucional electoral, número7 de la Colección del Tribunal Electoral del poder Judicial de la federación.
- Villaverde Méndez, Ignacio (2016). *Verdad y Constitución. Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales*. Universidad de Oviedo, España.

Capítulo IV

La globalización de los derechos humanos a través de la reforma constitucional

Sumario: I. Introducción. II. Contexto. III. Derechos humanos y globalización. IV. Debate actual. V Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.

Rosalinda Mariscal Flores
Karla Noemi Robles Rodríguez¹⁵

I. Introducción

En 2011, se marca el avance más importante en materia de derechos humanos para el sistema jurídico mexicano, pues representa el reconocimiento irrestricto, así como la positivización de estos derechos dentro del ordenamiento jurídico del país. México habría de alcanzar y ponerse al día con los estándares internacionales de derechos humanos para formar parte de la globalización de estos.

La reforma representa la transición del nuevo paradigma, pasa de garantías individuales a derechos humanos y refuerza este concepto que está intrínsecamente vinculado con los derechos humanos. El Estado de derecho, en México, que se fundamenta en la libertad y la igualdad de las personas, se consigue a través de una correcta administración de la ley y el buen gobierno, pues “su búsqueda va dirigida a limitar y restringir el poder del Estado en favor de la libertad de los individuos” (Marshall, 2010, pág. 186). Es una condición necesaria para mantener el *statu quo* que se ha construido a partir del México independiente.

México tiene diez años en el proceso de globalización, inicialmente obligado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero ¿Por qué “globalización”? Este concepto denota un proceso de eliminación de fronteras, oficialmente obligatorias, en las relaciones entre países para formar un mundo “abierto” y “sin fronteras”. Bajo esa idea utilizaré el término “globalización de los derechos humanos”, como un proceso que unifica a las sociedades, que fusiona las ideas, pero que requerirá no sólo ampliar el número de Estados que firman tratados o incorporan mecanismos de protección en sus sistemas jurídicos, sino que significa la internalización y reconocimiento de ellos, las autoridades deberán asegurar que no se generen violaciones de los derechos de la ciudadanía y, en caso de que suceda, deberán otorgar la debida reparación.

La reforma trae consigo no solo la modificación del texto constitucional, la adecuación de muchísimas normas y la creación de otras, sino que también acarrea la obligación de las autoridades jurisdiccionales de adecuar el sistema de interpretación con la perspectiva de derechos humanos; asimismo, obliga a los jueces a llegar más allá de la legislación interna, ya que, con la integración de los instrumentos internacionales, están obligados a conocerlos, pues siempre se deberá buscar lo que más proteja a la persona.

A lo largo de este texto mostraré cómo los antecedentes de derechos humanos en México han representado tanto avances como retrocesos para la internacionalización del derecho, así como la importancia de elementos como el margen de apreciación nacional en relación con la normativa internacional.

¹⁵ Abogada por la Universidad de Guadalajara.

II. Contexto

El primer registro del origen de los derechos humanos reconocido por la ONU es el cilindro de Ciro de 539 a.C. de la antigua Babilonia; es considerado el primer referente documental de los derechos humanos en la historia de la humanidad; posteriormente, por mencionar algunos, la Carta Magna, de 1215 de Inglaterra; la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 1789, proclamada en Francia en el marco de la Revolución francesa, y, tras las dos guerras mundiales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, proclamada en París. ¿Qué tienen en común estos instrumentos? Todos fueron expedidos en territorio europeo,¹⁶ por lo que no es extraña la idea de que los derechos humanos están europeizados, pues fueron redactados y reconocidos originalmente por países que, en su mayoría, se encuentran dentro de ese continente.

La sociedad mexicana contemporánea ha evolucionado a partir de la imposición europea. Las prácticas y costumbres europeas han sido permeadas de manera obligatoria y forzosa. México ha sido civilizado de manera violenta desde 1492, por lo que no es ninguna sorpresa que la inclusión de los derechos humanos tome tanto tiempo en ser aceptada por la comunidad; sin embargo, está claro que la normatividad nacional ha ido, en repetidas ocasiones, un paso adelante de la percepción y aceptación social.

El lento proceso evolutivo de la implementación y reconocimiento de los derechos humanos dentro del sistema mexicano se debe al desconocimiento de muchos eslabones de la cadena de justicia en México. Para lograr los objetivos de los derechos humanos, es necesario su entendimiento desde las perspectivas jurídicas, académicas, sociales y culturales.

La integración del principio de interpretación conforme en la legislación ha sido parte fundamental del cambio que trajo la reforma constitucional en materia de derechos humanos, pues es una directriz que protege y asegura que la impartición de justicia sea integral e indiscriminada, “atiende al andamiaje jurídico que representa para México el derecho internacional de los derechos humanos, motivando la ampliación de los derechos no consagrados en la Constitución” (Bravo y Chávez, 2017) y que a la letra del segundo párrafo del artículo 1º de la constitución se lee:

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.

Esta interpretación se relaciona directamente con el principio pro persona, cuya función en los sistemas de protección de derechos humanos implica la protección más amplia de estos y que, además, establece los límites restrictivos o retroactivos.

Con esta modificación se creó el Parámetro de Control de Regularidad Constitucional, que no es más que el instrumento con el que se deben analizar los actos y normas del ordenamiento jurídico, desde la perspectiva de la supremacía nacional y el posicionamiento jerárquico que se les otorgó a los tratados internacionales dentro del artículo 1º de la CPEUM, el resto de las normas deben atender lo que estos determinen y nunca contradecir su dicho. La constitución es el catálogo de derechos humanos más importante de la legislación nacional. Es este el que constituye el propio parámetro con el que se deberán analizar.¹⁷

¹⁶ A excepción de la antigua Babilonia, que actualmente es territorio iraquí, pero que a fin de cuentas es mucho más próximo, geográficamente, al continente europeo.

¹⁷ También debe tomarse en cuenta, como criterio obligatorio la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que, con la ratificación de su competencia por parte del Estado mexicano, sus sentencias y pronunciamientos son vinculantes para los jueces mexicanos. Habría que mencionar también el Control de Convencionalidad que, de igual manera, es un mecanismo de armonización con los derechos descritos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en la Tesis Jurisprudencial 2ª/J 35/2019 (10ª):

El principio de progresividad que rige en materia de los derechos humanos implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que, generalmente, la efectividad de los derechos humanos no se logra de manera inmediata, sino que conlleva todo un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazos. Por su parte, el progreso implica que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar.

Partiendo del reconocimiento explícito a nivel internacional con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, muchos de los acontecimientos históricos más importantes han tenido un impacto tan relevante que hoy en día se siente su presencia. El camino ha sido largo y difícil y, aunque aún queda mucho por recorrer, es preciso reconocer los avances obtenidos, como el reconocimiento del derecho de las mujeres al voto en México, un grupo históricamente vulnerado que, el 3 de julio de 1955, tuvo la oportunidad de acudir a depositar su voto en las urnas electorales de la XLIII legislatura, un paso enorme para la sociedad mexicana.

Un impacto tan importante como el de hace poco más de un siglo, cuando, dentro de la constitución mexicana de 1857, se incorpora por primera vez lo que se conoce como derechos sociales, en gran medida por las ideas de Ponciano Arriaga,¹⁸ quien “Sin duda fue un claro exponente de la corriente del liberalismo mexicano que planteó cambios políticos con reformas sociales”. (Carmona, 2021). En 1847 logró que el Congreso del Estado de San Luis Potosí aprobara la creación de la Procuraduría de los Pobres, que representa el antecedente más primitivo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Estos derechos fueron oficialmente reconocidos a nivel internacional hasta la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 y de manera particular el 3 de enero de 1976, con la entrada en vigor del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, más de cien años después de que el ordenamiento mexicano los hubiera positivizado.

Para comprender los escepticismos en torno a los derechos humanos de la sociedad mexicana, habrá que conocer su historia, como lo dice Upendra Baxi en su libro *‘Human Rights in a Post Human World’* el futuro de los derechos humanos comprende la distinción de los términos “*weariness*” (cansancio), que representa una fatiga moral con los lenguajes y las lógicas de los derechos humanos y, por otro lado, con el término “*wariness*” (cautela), en razón de las políticas de y para derechos humanos (Baxi, 2009), es decir, se ha bombardeado a la humanidad con la idealización de estos derechos, pero, en muchas ocasiones, durante el largo proceso de positivización su eficacia fue, por así decirlo, blanda.

El filósofo italiano Giorgio Agamben decía que se dejara de considerar a los instrumentos de derechos humanos como estructuras meta-jurídicas gratuitas y eternas, que vinculan al legislador con principios éticos y comenzar a considerarlas según su función histórica real en la construcción del Estado-nación moderno.

“Las declaraciones de derechos representan la figura originaria de la inscripción de la vida natural en el orden jurídico-político del Estado moderno”(Agamben, 2003, pág. 152).

Representan lineamientos que los Estados deben seguir a favor de la ciudadanía, no son una utopía o una ideología etérea que representa el sueño de un mundo equitativo y que protege la dignidad humana sobre todas las cosas, pero que resulta inalcanzable para un país que, a pesar de sus esfuerzos evidentes, no logra mimetizar la estructura que naciones mucho más desarrolladas han conseguido. Además, menciona que se pueden crear “técnicas políticas

¹⁸ Miembro del Congreso Constituyente de 1857.

por medio de las cuales el Estado asume e integra en su seno el cuidado de la vida natural de los individuos” (Agamben, 1999, pág. 14) a partir de los derechos humanos.

Podría hablarse del concepto de “bio-política”. Esta noción, originalmente, se asocia de manera negativa con el poder y la autoridad en detrimento de los individuos, Michael Foucault la define como la vertiente social relacionada con las técnicas disciplinarias del poder y el control demográfico, en la actualidad hay una relación entre la humanización y la individualización, al ejercer un control total sobre los seres humanos en cuanto a su subjetividad e incluso corporeidad (Tejeda, 2011, pág. 78).

En la actualidad, la biopolítica, se vuelve motivo de interés común, desde la perspectiva del desarrollo de las aptitudes y habilidades de los seres humanos. La igualdad y universalización de los derechos obliga a los gobiernos a la atención de los problemas de la población. La base fundamental de los nuevos Estados liberales y democráticos es el individuo ciudadano, que elige y vota, exige y reclama a las autoridades el ejercicio de un buen gobierno y el acatamiento del interés público (Tejeda, 2011, pág. 83).

Los derechos humanos serían, entonces, los elementos que pongan un freno al neologismo de la biopolítica, pues protegerán a los individuos de las técnicas de explotación y control que los gobernantes pueden ejercer sobre la población, de ahí la importancia de que se hubieran reconocido en la constitución.

En México, existe un sistema paroxístico con el europeo, aunque el constitucionalista mexicano ha sido precursor en el reconocimiento de algunos derechos, como los de carácter social, de manera oficial, con la Constitución Política de 1917, todo el ordenamiento se ha basado en las nuevas costumbres que se trajeron con la Conquista. Es de suma importancia reconocer que, al hablar de la inclusión del concepto de los derechos humanos que es una ideología nacida en Europa siglos atrás, en México, requiere la distinción de que se trata de dos territorios completamente diferentes y que, por lo tanto, se han vivido y viven circunstancias y situaciones que son desemejantes.

Si bien los países europeos han sido el escenario de los conflictos bélicos más importantes en la historia de la humanidad, fueron ellos quienes decidieron participar; sin embargo, a partir de 1492, con el proceso de la conquista y la colonización del continente europeo, los pueblos indígenas no fueron más que víctimas de la imposición de las ideologías. En el caso particular de México, de la corona española.

Esta diferenciación es evidente, dentro del contexto actual de los sistemas de protección, desde los instrumentos que conforman los sistemas regionales; en el americano, es posible ver que se ha necesitado crear documentos especiales, que brinden protección a los pueblos y comunidades indígenas, que son parte de los distintos países del continente, mientras que no sucede lo mismo dentro del sistema europeo.

Uno de los acontecimientos que fue el detonante para que México tuviera que integrar el nuevo concepto de los derechos humanos a su sistema interno y formara parte de la globalización de los derechos humanos, tuvo que ver con la condena que recibió de la corte interamericana por el caso de Radilla Pacheco, quien fue víctima de desaparición forzada en 1974, ya que representó el primer contacto en el ámbito jurisdiccional internacional en materia de derechos humanos, pues, en 2001, se presentó el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la falta de respuesta por parte del Estado. Se emitieron una serie de recomendaciones que tampoco fueron responsabilidad, por lo que, en 2008, la propia CIDH demandó al Estado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los conceptos de violación del derecho de reconocimiento de personalidad jurídica, derecho a la libertad personal, derecho a la vida, entre otros. Fue tal el impacto de este caso que marcó el inicio de la reestructuración del sistema jurídico nacional.

Habrá que analizar brevemente lo dicho en la sentencia de este caso para visualizar cómo fue que comenzó este proceso que culminó en una reforma constitucional de integración del concepto globalizado de los derechos humanos. La sentencia establece en el apartado C. *Medidas de satisfacción y garantías de no repetición*, a la letra:

Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal...

La corte indica que no es suficiente con el reconocimiento de los derechos humanos, sino que además se deben crear los mecanismos necesarios y suficientes para garantizarlos, pues la simple existencia de la norma no es sinónimo de una adecuada aplicación.

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...

La corte se pronuncia y adjudica la interpretación de la propia constitución mexicana para otorgar la adecuada reparación, guía a la autoridad mexicana a través de su propia legislación interna; asimismo, hace hincapié en la indispensable aplicación del control de convencionalidad, que es una más de las acciones que denotan la globalización del derecho, es decir, las juezas y jueces deberán estar al tanto no solo de las disposiciones de derecho interno, sino que también de aquellas comprendidas en la legislación internacional.

III. Derechos humanos y globalización

La globalización tradicional se ha hecho presente desde el siglo XX y comienzos del XXI, pero, por sus características esenciales, se podría señalar que es mucho más antigua, con la llegada de Colón al continente, en el siglo XV, y, posteriormente, con el proceso de colonización por parte de las potencias europeas, y se reafirmó a partir de la revolución industrial en el siglo XIX. Ese acercamiento entre naciones, la apertura de los mercados y la expansión de relaciones internacionales ha tejido una red que ha unido al mundo cada vez más, por ello no es nada extraño que se hable de los derechos humanos globalizados cuando estos han permeado en todas las sociedades.

México, con la reforma constitucional de 2011, se montó al tren de la globalización de los derechos humanos; sin embargo, no ha sido un proceso nada sencillo, como bien lo dice Martínez Lazcano (2014), la asimilación de las disposiciones convencionales en materia de los derechos humanos en México ha sido complicada, ya que la idea de soberanía que se enseñaba a los estudiosos del derecho, basada en el positivismo jurídico tradicional, no le da legitimidad, sino hasta la reforma de derechos humanos, que, al haber transcurrido una década, evoluciona la preconcebida autoridad única y suprema de la constitución. Sin embargo, México se vio obligado a acatar las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos y, con ello, crear organismos constitucionales autónomos *ad hoc* que tuvieran la encomienda de dar la

protección nacional en la materia, estos son las comisiones defensoras de los derechos humanos.¹⁹

Uno de los impactos positivos visibles de la constitucionalización del nuevo paradigma de los derechos humanos es “que se han convertido en el derecho sustantivo del proceso de amparo que flexibiliza la interpretación del derecho al contexto a las circunstancias en el que se aplica y no sólo limitándose a texto” (Martínez, 2014, pág. 14).

Si bien el país ha hecho esfuerzos plausibles en los últimos años para mejorar y fortalecer el sistema no jurisdiccional de protección, estos no han sido suficientes, ya que han sido más los compromisos adquiridos que las acciones de cumplimiento que han tenido que realizar para seguir los lineamientos y criterios emitidos por los organismos internacionales; además, se ha tenido que incorporar la perspectiva de los derechos humanos en la actividad judicial de los tribunales y las nuevas doctrinas mexicanas, principalmente, a partir de la reforma de 2011.

La globalización no es sólo un fenómeno de incidencia económica o tecnológica, es también una muestra de la unión de los estándares e ideologías compartidas entre las naciones, incluso de carácter social, como en materia de derechos humanos, que es imperativa en los nuevos paradigmas de gobernabilidad en los Estados y que, con esa misma globalización, es que se ha vuelto una obligación para los países respetarlos, defenderlos y garantizarlos.

...la santificación de los derechos humanos en la Declaración de 1948 y los tratados de 1966, hizo de ellos, no sólo derechos constitucionales, sino supraestatales, transformándolos en límites externos y no simplemente internos de los poderes de los estados. Se ha producido un cambio de paradigma en el derecho internacional, que ha transformado un sistema contractual basado en relaciones bilaterales e iguales entre Estados soberanos en un verdadero orden jurídico supraestatal (Ferrajoli, 2000, pág. 401).

El surgimiento de los sistemas de protección de los derechos humanos son el exponente de cómo la integración mundial se ha logrado bajo distintas ideologías en común. Se adoptó el derecho internacional de los derechos humanos con los instrumentos especializados en la materia que han sido suscritos y ratificados por los países para formar parte de esta red de protección, que a su vez ha sido atraída a la normatividad interna, en la mayoría de los casos, con rango constitucional, es decir, “la globalización de los derechos humanos aborda las cuestiones centrándose en las necesidades de justicia a nivel nacional, regional e internacional” (Coicaud, Doyle y Gardner, 2003, pág. 118).

Britto y Carbonell (2021) dicen que “La reforma constitucional es ciertamente original, pues parece nadar en contra de la intuición y de la práctica histórica según la cual México había estado totalmente cerrado a cualquier tipo de influencia exterior en materia de Derechos Humanos”. Efectivamente, la prueba de la incorporación de la globalización en el sistema mexicano existe; sin embargo, ha sido un proceso muy lento, a diferencia de la globalización tradicional en materia económica.

Los cambios que trae consigo la globalización suelen provocar una convergencia en los distintos sistemas jurídicos y, de esta forma, a pesar de que las particularidades de cada Estado adecúan sus leyes, se ha dado un acercamiento importante en la forma en que se concibe al derecho en diversos países.

¹⁹ Tal y como se puede observar en el contenido del artículo 102, apartado B, de la constitución mexicana, donde se establecen como organismos constitucionales autónomos.

Al hablar de globalización me refiero a las condiciones específicas de las relaciones internacionales. Las acciones que realice tanto la sociedad como el Estado, que si bien, en un principio tenían lugar en un espacio muy localizada, se verán influenciadas por aquellas que genere la comunidad internacional, entonces existirá una coordinación simultánea de acciones que sobrepasan la voluntad del Estado, en razón de que se iniciaron en el nivel global y se verán obligados a internacionalizarlas, como sucedió con la reforma.

Esta idea de la globalización incluye la necesidad de crear una nueva cultura de los derechos humanos, que rompa las antiguas estructuras que individualizan al ser humano y a la sociedad, para dar paso a una sociedad global que promueva el interés general en la dignidad humana y en el desarrollo colectivo. Asimismo, la investigación académica y científica de estos temas sociales juega un papel fundamental para determinar las consecuencias que las violaciones de los derechos humanos pueden traer, principalmente, para aquellos grupos que históricamente han sido más vulnerados; los pueblos y comunidades indígenas, las mujeres, las niñas y los niños y las personas de la diversidad sexual, por ejemplo. La inclusión y el reconocimiento de los derechos de todas y todos sin distinción alguna es la condición necesaria e indispensable para que se viva en un mundo donde se le dé una certeza jurídica a las y los ciudadanos que acuden con las autoridades para que sus derechos sean garantizados y protegidos.

Para comprender un poco más ese proceso de globalización al que México se ha unido, se deberá conocer que actualmente se forma parte de más de 30 instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, entre las que destacan:

- Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.
- Declaración de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial del 20 de noviembre de 1963.
- Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra La Mujer del 7 De noviembre de 1967.
- Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del 9 de diciembre de 1975.

Así como 78 tratados internacionales especializados:

- 5 en materia de derechos civiles y políticos.
- 5 en materia de derechos económicos, sociales y culturales.
- 3 en materia de tortura.
- 11 en materia de erradicación de la esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso.
- 7 en materia de derecho de asilo.
- 8 en materia de derechos de la mujer.
- 11 en materia de derechos del niño.
- 3 en materia de derechos de los pueblos indígenas.
- 1 en materia de matrimonio y familia.
- 5 en materia de discriminación.
- 7 en materia de derechos laborales.
- 9 en materia de derecho internacional humanitario.
- 4 en materia de derechos de los migrantes.

El aspecto más transformador del régimen de derechos humanos para el sistema internacional se encuentra en la base de la soberanía estatal contemporánea. Esta relación se debate, principalmente, por razón de la relatividad cultural de los derechos, la intervención humanitaria internacional, los abusos de los derechos humanos como causas subyacentes del conflicto y cómo abordar los abusos cometidos en el pasado para la consolidación de la paz después de los conflictos (Doyle y Gardner 2003).

Los derechos humanos son una concepción tan magnánima que verdaderamente engloban a todas las personas. Dentro de un mundo que ha sido fraccionado no solo por las desigualdades y los conflictos entre las naciones se tomaron con un ideal común, que paulatinamente lograría equilibrar a las sociedades y convertirlas en una sola, como cuando la división mundial estaba más marcada que nunca después de la Segunda Guerra Mundial, parte del proceso de unificación se dio con la labor titánica de 1948 al ser aprobada en la Resolución A 217 (III)²⁰ la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proyecto liderado por Eleonor Roosevelt, primera presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, quien dijo:

En definitiva, ¿dónde empiezan los derechos humanos universales? En pequeños lugares, cerca de casa; en lugares tan próximos y pequeños que no aparecen en ningún mapa. [...] Si esos derechos no significan nada en estos lugares, tampoco significan nada en ninguna otra parte. Sin una acción ciudadana coordinada para defenderlos en nuestro entorno, nuestra voluntad de progreso en el resto del mundo será en vano (ONU, 2020).

Representa esa idea de la consolidación de un derecho internacional que tiene como objetivo reconocer el valor de la dignidad humana y que simultáneamente debe penetrar las barreras tanto exteriores como interiores de los Estados.

La globalización jurídica real requiere que el ordenamiento no solo traspase fronteras nacionales, sino que sea aceptada como una unidad global y como entidad homogénea, que comprenda las acciones de todas las personas y no solo de la autoridad. Es de alcance y efectividad globales, por lo que rige y obedece a todas las personas y todos los países. Es en estas circunstancias que se puede afirmar la existencia de fenómenos jurídicos globales y la de leyes y normativas aprobadas globalmente, que inciden en el Estado, sus organizaciones internas y los sujetos que en realidad son titulares políticos (López González, 2017, pág. 59).

Esta dinámica de globalización trae consigo el desarrollo aparejado del derecho constitucional, con la modificación del texto para que este siga la misma estructura, lo cual representa, según Zavala Egas, un conflicto entre el principio de la soberanía de los Estados y los derechos humanos.

Estos dos principios "*soberanía y derechos humanos*", tradicional el primero, de la época el segundo, como fundamentos de normas jurídicas constitucionales, imperan en todos los Ordenamientos Jurídicos estatales y se encuentran, a su vez, en el Ordenamiento Jurídico Internacional con plena validez, pero sin total eficacia con respecto a los derechos humanos (Zavala, 2002, pág. 9)

²⁰ Importante resaltar lo dicho en los considerandos, que son la justificación primaria de la imperativa necesidad de este documento. "Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones; Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad; Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre; y Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso". (Resolución 217 (III)).

Habiendo aclarado el sentido de la globalización de los derechos humanos, basada en la integración de normativa internacional al ordenamiento interno mexicano, así como en la imperativa necesidad de crear o modificar una que otra norma para que se encuentre en armonía y homologado el sistema legislativo, no es posible olvidar del criterio hermenéutico del margen de apreciación nacional,²¹ sirve para fijar el alcance del contenido de las disposiciones internacionales, al fungir como un recurso de jurisdicción subsidiario, que se le otorga al Estado para determinar la aplicación más adecuada sin apartarse de lo establecido por los instrumentos internacionales,²² es decir, los Estados contarán con la facultad de aplicar ciertas restricciones al ejercicio de los derechos, siempre y cuando sean casos excepciones y se actúe conforme a los estándares internacionales; sin embargo, ya lo dice Fáñez Ledezma (2014):

[...] La idea de que el Estado pueda ejercer un margen de apreciación en la aplicación de la Convención no se encuentra expresamente reconocida por la Convención Americana...es evidente que esta doctrina también tiene aplicación en el sistema interamericano, y que es inherente a las expresiones utilizadas por algunas de sus disposiciones...Aunque los conceptos empleados por la Convención tienen un carácter autónomo, independiente del contenido y alcance que se asigne a los mismos en el Derecho interno de los Estados, muchos de ellos no están exentos de una dosis de subjetividad que, implícitamente, confiere al Estado un cierto margen de apreciación en la determinación de las circunstancias allí previstas [...] (Fáñez, 2004, pág. 63)

La interpretación conforme a derechos humanos, del margen de apreciación, precisa de los elementos del Estado de derecho y la sociedad democrática como una justificación de la importación de casos de supuestas violaciones de derechos humanos a tribunales internacionales especiales. Barbosa (2013), por su parte, lo define como “el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, dejado a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces internacionales. Este campo no es ilimitado, sino que se encuentra ubicado por el campo de protección del derecho limitado” (pág. 1090).

Los Estados deberán interpretar y aplicar los derechos humanos conforme a la normativa internacional que hayan incorporado a su legislación nacional. Para entenderlo mejor, es importante recordar lo dicho por el artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos:

²¹ Teniendo en cuenta el contacto más directo entre las autoridades nacionales y la sociedad civil, esta es una guía hermenéutica nacida en el sistema europeo, que otorga a los países el respeto por la interpretación de las normas tradicionales.

²² Surge a partir de la necesaria interpretación del artículo 15° del Convenio Europeo de Derechos Humanos “En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional”.

Disposición similar a la del artículo 29° CPEUM “En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde”.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Este artículo le da al Estado los lineamientos para integración de la propia convención, al observar lo que su derecho interno establezca, para que el resultado sea la mayor protección de los derechos de las personas. Bajo esta premisa es que también algunos órganos internacionales, como la corte interamericana, se reservan el derecho de restringir el margen de apreciación nacional, ya sea al nulificar o establecer límites en su aplicación.

Volviendo a los elementos indispensables para la existencia del margen de apreciación, el primero de ellos, el Estado de derecho es un requisito dentro de la comunidad internacional para la suscripción a cualquier instrumento, pues de este se desprenden la nación y la soberanía, dos componentes que cimentan la jurisdicción nacional y la facultad de determinar la competencia en su ámbito territorial. De esta manera se supone que únicamente la existencia de dichas condiciones será el escenario ideal para que la actividad jurisdiccional interna esté apegada a las disposiciones de órganos internacionales.

El segundo elemento, la sociedad democrática, que es aquella en la que se respetan los derechos de todas las personas y, además, se ejercitan procedimientos y ejercicios para garantizar el buen gobierno y su elección, tal y como lo establece el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, por consecuencia, es un factor esencial de legitimidad del Estado.

La falta de aprobación entre los Estados de los requerimientos de los órganos internacionales de derechos humanos dificulta establecer límites, en cuanto a la interpretación y aplicación de algunos derechos; sin embargo, tiene clara la indispensable existencia de un Estado de derecho, así como la de una sociedad democrática, que invariablemente, dentro del ejercicio del margen de apreciación deben respetar los criterios establecidos por la autoridad internacional dentro del ámbito nacional (Barbosa, 2013, pág. 1111).

No hay que olvidarse que este margen de apreciación no es absoluto, asiduamente se verá condicionado tanto por las obligaciones asumidas por el Estado en virtud del ordenamiento internacional del que es parte como por la implementación del principio de proporcionalidad.

IV. Debate actual

Se habla de que la reforma de 2011 llevó a México a la globalización en materia de derechos humanos no solo por la integración del concepto dentro de la carta magna, sino por que elevó los tratados internacionales a nivel constitucional; sin embargo, los tratados internacionales son “Ley Suprema para toda la Unión”, desde el texto original de la Constitución de 1917, como se ve a continuación:

Texto original 1917

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados **hechos y que se hicieren** por el presidente de la República, con aprobación del Congreso, 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.

Primera reforma DOF 18-01-1936

Artículo 133. 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**.

Segunda reforma DOF 29-01-2016

Artículo 133. 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 **entidad federativa** se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las **entidades federativas**.

Si bien el artículo en cuestión ha sido reformado en dos ocasiones desde 1917, ninguna de estas modificaciones cambió la jerarquización de los tratados internacionales. Aunado a ello solo podría decirse que la reforma constitucional únicamente reafirmó lo establecido por el artículo 133 desde hace más de cien años.

Es evidente que el constitucionalismo mexicano consagra la supremacía constitucional desde el origen de la constitución actual, pero también de su antecesora, que señalaba la supremacía en toda la unión junto con las leyes del Congreso y los Tratados (Bravo y Chávez, 2017).

Puedo afirmar que con la nueva reforma se hizo particular hincapié en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, donde el tema principal en las discusiones jurídicas del sumo tribunal mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue la que, a finales de junio de 2011, unos cuantos días después de la reforma, registró, bajo el número 293/2011, la contradicción de tesis; el pleno de la SCJN resolvió la prevalencia de la constitución sobre los tratados cuando existiese una contradicción constitucional.

Así es como se invoca el concepto del constitucionalismo global que, dentro de la evolución de la globalización, significa el proceso mutuo de constitucionalización del derecho público internacional y la internacionalización del derecho.

Los supuestos de base normativa que rodean al constitucionalismo global tienen una comprensión más amplia de su aplicación en el campo transnacional y abogan por un proceso de control del poder más integral, que involucre las capacidades funcionales de las instituciones internacionales, sujetos y participantes, y los procedimientos formales utilizados para formular leyes y capturar el momento de la formación y compensación global por la pérdida del poder estatal. Aunque la idea de constitucionalismo global o cosmopolita puede parecer extraña y utópica, tanto que se está acostumbrado a la división del mundo en estados soberanos.

Como dice Chávez (2016), en el ámbito internacional, no existe legislador ni gobernante centralizado, ello resulta en una complicación derivada de la relación entre el derecho y el poder dentro del contexto internacional. Es entonces donde el constitucionalismo global tiene el potencial de unificar el derecho internacional de los derechos humanos y, a su vez, generar esta globalización de los Estados, al seguir e integrar en su derecho interno los criterios fijados por los tribunales y tratados internacionales y se logre una impartición de justicia más homogénea.

V. Conclusión

La búsqueda de justicia se basa en la identificación de valores que se consideran imperativos para el bienestar y el carácter de todas las personas, incluidas las relaciones con los demás, que acaban institucionalizándose como derechos. Los derechos se convierten en un elemento de protección vital para la preservación de la dignidad humana, así como en una premisa de justicia a la que las instituciones públicas se ven obligadas a adaptarse.

Los derechos humanos y el ordenamiento internacional son compatibles con algunas limitaciones, los derechos, particularmente los derechos individuales, traen consigo complejidades normativas y políticas que deben ser subsanadas a la luz del derecho internacional. La globalización de los derechos humanos es un proceso inminente que ha tomado su lugar dentro del sistema jurídico mexicano y que, por la valía aparejada que

conlleve, se mantiene en una evolución constante, la misma que las sociedades alrededor del mundo han logrado con el paso de los años. El derecho no puede ser un elemento estático del Estado, debe ser lo suficientemente flexible para ser adaptado a las nuevas condiciones y necesidades que la sociedad a la que rige requiera.

El margen nacional de apreciación como el espacio limitado de interpretación que tiene el Estado frente a los derechos básicos, indiscutiblemente, recurre al principio de proporcionalidad como vínculo que existe entre el margen mismo y el control jurisdiccional, con la finalidad de que en todo momento se mantenga el respeto y protección de los derechos humanos de las personas, que es el fin último de la impartición de justicia tanto a nivel nacional como internacional.

Los derechos humanos globalizados vendrán acompañados de distintas disposiciones que los fortalezcan, en todos los niveles, pues son la primicia fundamental del mundo post guerra y de todas las instituciones globales que se crearon con la ideología de la paz universal y la salvaguarda de la dignidad humana. La internalización y adaptación de mecanismos que reafirmen esta ideología seguirán surgiendo, por lo que la evolución de los sistemas de protección de derechos humanos será un tema constante dentro de las doctrinas jurídicas y sociales del mundo.

La inclusión de estos derechos, junto con la internalización de las disposiciones de carácter internacional, acarrearán nuevas obligaciones de los Estados, pero también les brindan a las personas muchos más mecanismos que les den la certeza de que sus derechos humanos serán salvaguardados sin el Estado, con el Estado y a pesar del Estado.

VI. Referencias bibliográficas

- Barbosa Delgado, F. (2013). *El margen nacional de apreciación en el Derecho internacional de los derechos Humanos: entre el Estado Derecho y la sociedad democrática*, Corte IDH.
- Baxi, U. (2009). *Human Rights in a Posthuman World: Critical Essays*. Oxford University Press.
- Bravo, N. y Chávez, J. (2017). *Un asunto de seguridad jurídica: el control de convencionalidad y supremacía constitucional en México*, Universidad de Guadalajara.
- Caballero Ochoa, José Luis (2016). La interpretación conforme en el escenario jurídico mexicano. Algunas pautas para su aplicación a cinco años de la reforma constitucional de 2011. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (3) SCJN. https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2019-03/06_CABALLERO_REVISTA%20CEC_03.pdf
- Chávez, J. (2019). México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Panorama general. *Revista Letras Jurídicas*, No. 29.
- Coicaud, Doyle y Gardner (2003). *The Globalization of Human Rights*. United Nations University Press. <https://collections.unu.edu/eserv/UNU:2430/ebrary9280810804.pdf>
- Faúnez Ledezma (2004). *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf; fecha de consulta: 25 de mayo de 2021.
- Ferrajoli, Luigi (2000). Más allá de la soberanía y la ciudadanía un constitucionalismo global”. Carbonell, Miguel (Comp.) *Teoría de la Constitución*. Ensayos escogidos, México. Editorial Porrúa.
- Furtado, R., Nogueira C., (2016). O conceito de biopoder no pensamento de Michel Foucault. *Revista Subjetividades*, 16(3), 34-44. <https://dx.doi.org/10.5020/23590777.16.3.34-44>; fecha de consulta: 16 de abril de 2021.
- López González, S. (2017). Los derechos humanos globalizados: el camino hacia el reconocimiento, *Derechos Fundamentales a Debate*; No. 5; CEDHJ:

- http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista_No5/ADEBATE-5-art4.pdf; fecha de consulta: 12 de junio de 2021.
- Martínez Lazcano, Alfonso Jaime (2014). Primeros pasos de la internacionalización de los derechos humanos en México, *Revista Jurídica Primera Instancia*. No. 3, Vol. 2; <https://www.primerainstancia.com.mx/wp-content/uploads/2017/04/PRIMEROS-PASOS-DE-LA-INTERNALIZACI%C3%93N-DE-LOS-DERECHOS-HUMANOS-EN-M%C3%89XICO.-Alfonso-Jaime-Mart%C3%ADnez-Lazcano.pdf>
- Marshall Barberán, Pablo (2010). El Estado de Derecho como Principio y su consagración en la Constitución Política. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 17(2): <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532010000200008>
- Mascareño, Aldo. (2016). Poul F. Kjaer (2014). Constitutionalism in the Global Realm. *Revista de ciencia política* (Santiago), 36(2), 587-592. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2016000200010>
- Tejeda G. José Luis (2011). Biopolítica, control y dominación. *Revista Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad* Vol. XVIII No. 52, 77-107.
- Unidos por los Derechos Humanos (s.f.). *Una breve historia de los Derechos Humanos*. <https://www.unidosporlosderechoshumanos.mx/what-are-human-rights/brief-history/>
- Zavala Egas, J. (2002). Los Derechos Humanos y sus garantías en un Derecho Constitucional globalizado. *Iuris Dictio*: <https://doi.org/10.18272/iu.v3i5.563>

Capítulo V

El derecho internacional de los derechos humanos y la transformación de la soberanía en México a partir de 2011

Sumario: *I. Introducción. II. Generalidades de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos. III. Concepto y marco jurídico de la soberanía. IV. Debate actual de la transformación de la soberanía en México. V. Consideraciones finales. VI. Referencias bibliográficas.*

Teresa Magnolia Preciado Rodríguez²³

I. Introducción

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos declara, en su artículo 39, que la “soberanía nacional” reside esencial y originariamente en el pueblo, y todo poder público dimana del pueblo y se instituye para su beneficio. Hasta antes de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, las acepciones de soberanía interna y externa se entendían claramente separadas, es en esta reforma que la línea entre estos dos sentidos se ha visto entrelazada.

Al ser el concepto de supremacía constitucional una expresión viva de la propia soberanía, los tratados internacionales celebrados por el presidente de la república y aprobados por el senado, de conformidad con lo establecido por el artículo 133 constitucional, son ley suprema de la Unión, ello implica la incorporación del derecho internacional en materia de derechos humanos como un acto soberano del propio pueblo mexicano en el ejercicio de su voluntad democrática.

Este trabajo tiene como objetivo hacer un esbozo de cómo ha cambiado este concepto de soberanía en México, a partir de la apertura del derecho internacional de los derechos humanos con la reforma constitucional de 2011. Para ello, la metodología cualitativa con un enfoque de teoría fundamentada (Hernández, Fernández y Baptista, 2006, pág. 687) será la base del desarrollo de la investigación, con lo que, a través de la revisión documental normativa, se identificará la codificación axial que permita entender los elementos clave y su peso en esta transformación de la soberanía.

El análisis que se presenta toma como marco teórico el “derecho dúctil” de Zagrebelsky (2011), para quien, en el plano de las relaciones entre Estados, la sustitución de la soberanía del Estado por la soberanía de la constitución ha recorrido un camino paralelo, testimoniado por la introducción de la expresión “constitución internacional”, como signo de una progresiva legalización y de un repliegue de la mera efectividad del encuentro (o del desencuentro) de soberanías (pág. 13).

II. Generalidades de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos

Si bien la reforma constitucional de 2011 fue la que dio a luz el cambio de paradigma en materia de derechos humanos en México, lo cierto es que desde mucho antes se encontraba en el centro de la discusión internacional.

²³ Doctora en Derecho Electoral por el Tribunal Electoral del Estado de Jalisco, profesora de Tiempo Completo de la Universidad de Guadalajara. Actualmente coordinadora del Doctorado en Derechos Humanos del Centro Universitario de Tonalá. Orcid: 0000-0003-3536-7198.

Se puede decir que la internacionalización de la constitución se ha desarrollado paulatinamente desde 1945 con la Carta de las Naciones Unidas y, en 1948, con la Declaración Universal de Derechos Humanos, las cuales sirvieron de base para la conformación de diversos sistemas de protección de los derechos humanos a nivel internacional, sistema europeo, interamericano, africano y el derecho comunitario (Ferrer, 2011, págs. 538-545), y que en su ámbito han sido soporte de los llamados “bloques de convencionalidad” que cada sistema ha conformado, de acuerdo con la adopción de múltiples criterios y principios hermenéuticos para la protección internacional de los derechos humanos.

A pesar de lo anterior, la influencia de los organismos internacionales en la reforma tiene una larga historia, pues, como presentan Saltalamacchia & Covarrubias (2011) para su análisis, se puede dividir en tres grandes etapas, el primero que llama “multilateralismo tradicional en materia de derechos humanos” y que corresponde desde 1945, con la firma de la Carta de las Naciones Unidas, hasta 1994, caracterizado por un fortalecimiento del derecho internacional, bajo los principios rectores de defensa de la soberanía y la no intervención como política exterior. Durante este periodo, se observa en México el desarrollo multilateral del régimen internacional de los derechos humanos, incluso como un fuerte defensor de estos, pero con la reserva hacia las potestades soberanas que pueden verse transgredidas por la intervención de otras naciones en los asuntos internos del país, por lo que a pesar del supuesto compromiso de México en la protección y promoción de los derechos humanos con los diversos instrumentos internacionales que adoptó en ese periodo, lo cierto es que no fue posible que se hiciera efectiva, pues no se ratificó y se impuso una reserva a la competencia y supervisión internacional.

El segundo periodo llamado “de transición”, dicen las autoras, que abarca de 1994 a 2000, caracterizado por un periodo de crisis nacional, por un lado, y por la apertura comercial internacional por el otro, ello catapultó al país hacia una nueva era de globalización y de una política exterior mexicana más receptiva con el escrutinio y evaluación, así como la delegación de facultades contenciosas a instancias internacionales, aunque tratando, hasta cierto grado, de controlar la participación internacional en aras de la soberanía nacional e incluso de la seguridad nacional.

Finalmente, señalan Saltalamacchia & Covarrubias (2011) “el multilateralismo liberal en materia de derechos humanos”, básicamente de 2000 a 2006, se observa una época de desarrollo democrático y alternancia del poder en México, con un mayor compromiso en la agenda internacional de los derechos humanos, mediante una política exterior enmarcada en cinco ejes; “apoyar y promover de forma activa y comprometida el respeto y la defensa de los derechos humanos en el mundo, y defender la democracia como la única forma de gobierno...” (pág. 23), ello enmarcó las primeras acciones para este fin: la ratificación de diversos protocolos facultativos, el reconocimiento de la competencia internacional y el retiro de reservas, se alentó el escrutinio internacional y se invitó a diversos actores internacionales.

En este contexto y previo a la incorporación directa al texto constitucional de la ampliación de los derechos existentes en el orden jurídico hacia fuente internacional, se emitieron durante este periodo liberal diversas recomendaciones internacionales.

Por ejemplo, en el *Diagnóstico sobre el estado de los derechos humanos en México*, elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas en 2003, se estableció como primera recomendación:

[...] Reformar la Constitución para incorporar el concepto de Derechos Humanos como eje fundamental de la misma, y reconocer a los tratados de Derechos Humanos una jerarquía superior a los órdenes normativos federal y locales, con el señalamiento expreso de que todos los poderes públicos se someterán a dicho orden internacional cuando éste confiera mayor protección a las personas que la Constitución o los ordenamientos derivados de ella. Además, establecer un programa para el retiro de las reservas y declaraciones interpretativas y ratificar los Tratados Internacionales pendientes en materia de Derechos Humanos [...] (pág. 7)

Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó, en su 11 Período de Sesiones en el 2009, el Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, relativo a México, donde se incluyen las siguientes recomendaciones:

- Considerar la posibilidad de retirar paulatinamente sus reservas a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos (Brasil);
- Proseguir las reformas emprendidas para que todos sus ciudadanos disfruten plenamente de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, en particular la armonización de la legislación interna con sus compromisos internacionales (Marruecos);
- Completar sus esfuerzos institucionales para que las normas internacionales de Derechos Humanos adoptadas por México tengan rango constitucional y se apliquen como ley suprema en los procesos judiciales (España);
- Incorporar efectivamente a la legislación nacional las disposiciones de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos (Azerbaiyán);
- Armonizar la legislación federal y estatal con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos (Bolivia, España, Guatemala, Turquía, Uruguay), a fin de garantizar la aplicación efectiva de esos instrumentos (Turquía), y la igualdad de protección y garantías (España), a nivel federal y estatal (España, Turquía), y
- Velar por la aplicación concreta de las normas internacionales de Derechos Humanos a todos los niveles (Canadá, Suiza) (A/HRC/11/27, 2009)

Pese a todos los informes, diagnósticos y recomendaciones existentes, el caso que dio un vuelco al sistema jurídico mexicano y que vino por fin a legitimar la incorporación del *cannon* internacional de los derechos humanos a la constitución tal y como se conoce hoy, fue el caso conocido como Rosendo Padilla Pacheco, el cual se refiere a la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la desaparición forzada del Sr. Radilla Pacheco por parte de las Fuerzas Armadas de México en 1974, así como la falta de investigación y sanción correspondiente a los responsables.

Este caso, desahogado entre marzo de 2008 y noviembre de 2009 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emite una serie reparaciones, entre ellas:

- ...
- El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 337 a 342 de la presente Sentencia.
- El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

- El Estado deberá implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, así como un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas.

- ...

Es importante mencionar que, si bien México es Estado parte en la Convención Americana desde marzo de 1981, no fue hasta el 16 de diciembre de 1998 cuando reconoce la competencia contenciosa de la corte interamericana, donde, entre otras, una de las principales razones para no asumir esta competencia con anterioridad era, precisamente, el alegato de la violación de su soberanía.

Es relevante señalar que, previo a la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, se realizaron otras tres reformas importantes que tuvieron relación: 1. La reforma de justicia penal, el 18 de junio de 2009, en la cual se reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123, con lo que se transitó del sistema de justicia penal acusatorio a un sistema penal adversarial. 2. La reforma de acciones colectivas, el 29 de julio de 2010, con la modificación al artículo 17 constitucional. 3. Reforma en materia de amparo, el 6 de junio de 2011, con los artículos 94, 103, 104 y 107 donde se incluye la procedencia del derecho colectivo, y, finalmente, 4. La reforma en derechos humanos, del 10 de junio de 2011, con la modificación de los artículos 1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105, la cual se ha irradiado en todo el sistema jurídico mexicano (Salazar, 2014).

El 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma en materia de derechos humanos, que ha cambiado sustancialmente el orden constitucional mexicano. Esta reforma implicó, más allá del artículo 1º constitucional, todo un bloque que brindaba la incorporación de la perspectiva de derechos humanos en todo el sistema jurídico.

Específicamente, las modificaciones al primero constitucional han resultado de tal envergadura, pues a partir de ahí se desdobra la nueva visión de los derechos humanos como derecho fundamental mediante la incorporación de tres elementos generales: un bloque de constitucionalidad, un control convencional y la interpretación conforme como principio rector.

Los cambios que se observan con la reforma son, primeramente, la modificación en el nombre del “Título Primero”, que pasa de ser *De las garantías individuales* a *Derechos Humanos*; el reconocimiento de los tratados internacional en materia de derechos humanos como norma fundamental, es decir, en el mismo rango constitucional; la incorporación de los principios pro persona y de interpretación conforme, como medidas de protección interpretativa, así como la obligación genérica para todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Y, específicamente, de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos.

Esta reforma ha significado para muchos expertos el precedente más importante después de la Constitución de 1917, de ahí la trascendencia que atañe a la presente. De primera mano, el cambio consistió, como se lee en el artículo primero de la constitución, en reconocer los derechos humanos, pero no solo los que la letra constitucional reconoce, sino también de manera extensiva engloba los que son distinguidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea partícipe, creándose lo que algunos tratadistas han llamado como “bloque de constitucionalidad”.

Subsecuentemente, el párrafo segundo del primer numeral de la carta magna plantea la obligación de una herramienta hermenéutica para interpretar la normativa que le sea más favorable al particular, esto es conocido como el principio *pro-homine* o pro persona, ello refuerza la obligación para toda autoridad del país de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios que del mismo numeral se desprenden, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. La característica de tal herramienta obliga a sostener, como lo dice Cruz Parceró Juan Antonio (2017):

la interpretación que ha de hacerse es de carácter evaluativo, pues siempre deberá tenerse en cuenta el principio *pro persona*, que es un principio sustantivo que obliga (...) a hacer comparaciones y justificar elecciones interpretativas que favorezcan la defensa de las personas (pág. 69).

Esta nueva tendencia de vinculación entre los tratados internacionales y el régimen interno del Estado es concebida con un nuevo sistema de control convencional, y que trae, sin lugar a dudas, un nuevo paradigma constitucional al sistema constitucional mexicano, pues permite la inaplicación de la norma inclusive constitucional por considerarse inconvencional, lo que no necesariamente implica que esta tenga por sí misma una naturaleza inconstitucional. A decir de Ferrer Mac-Gregor (2011), este consiste:

en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), único órgano jurisdiccional del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que interpreta de manera última y definitiva el Pacto de San José (pág. 532).

Por lo que tal examen es relacionado con la incompatibilidad de la norma constitucional con los derechos humanos debidamente garantizados a nivel internacional, de conformidad con los tratados, pactos, convenciones, protocolos, adiciones e inclusive la jurisprudencia de la CIDH, lo que ha conformado en sí, señala el autor, un “bloque de constitucionalidad” (pág. 537), que garantiza, a nivel “transconstitucional”,²⁴ un control constitucional sobre actos que vulneren los derechos humanos.

Por su parte, Jorge Ulises Carmona (2011) señala la importancia de este reconocimiento constitucional de los derechos humanos:

no sólo adquieren un reconocimiento constitucional expreso, sino que además se les sitúa en la cúspide de la jerarquía normativa con respecto al resto de las disposiciones del orden jurídico mexicano. En efecto, se da un paso definitivo a favor de los derechos de fuente internacional, al situarlos más allá del carácter infraconstitucional y suprallegal reconocido judicialmente en la actualidad (pág. 45).

Como explica Ferrer Mac-Gregor (2011), dicho control de convencionalidad, no implica la inaplicación de la norma nacional por la internacional por una superposición de esta última sobre la primera, sino por el contrario, conlleva un ejercicio de interpretación y armonización de ambos derechos –nacional e internacional–, ni tampoco “una suplantación por parte de las normas de origen internacional, sino como la existencia de un marco normativo adicional que en continuo diálogo con el interno, favorezca la protección más amplia para las personas”(SCJN, 2012, pág. XXIX). Para llevar a cabo un verdadero control difuso de la convencionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha incorporado los principios de “cláusula de interpretación conforme” y “pro persona”.

²⁴ Concepto que a decir de Ferrer Mac-Gregor (2011, pág. 538), autores como Neves, Marcelo y Bustos Gisbert Rafael, lo identifican también como pluralismo constitucional o constitución en red.

Cláusula de interpretación conforme

Esta cláusula deviene de la fracción segunda del artículo 1º constitucional, la cual implica una regla para interpretar la ley a partir del referente constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos sin establecer jerarquía.

Se entiende como interpretación conforme a:

la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertados (sic) constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección (Ferrer, 2011, pág. 549).

La interpretación conforme exige en sí un ejercicio de armonización, es decir, conjunción o complementación de la norma nacional en derechos humanos, con lo establecido en la norma internacional cualquiera que sea su forma, siempre y cuando la última tenga consagrado un mejor derecho a favor de la persona que la que establece la propia ley nacional.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempo y las condiciones de vida actuales” (SCJN, 2012, pág. LIX),²⁵ ello implica no solo una interpretación a la luz de los propios instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, sino también tomarse en cuenta el propio contexto y tiempo en que se suscitan los hechos controvertidos, pues la interpretación deberá verse reflejada a la luz de esto para garantizar una mejor protección a la persona.

Principio pro persona

Lo anterior lleva a la adopción de un principio indispensable para realizar una interpretación conforme adecuada, esto es la incorporación de un parámetro fundamental de interpretación consistente en el de pro persona, que implica “favorecer en todo tiempo a las personas la protección más amplia” (Ferrer, 2011, pág. 557).

En el caso de México, el artículo 1º constitucional señala que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y los tratados internacional de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, el Estado mexicano reconoce como alcance de la interpretación que deberá de hacer sobre las normas de derechos humanos, el principio pro persona o *pro homine*, la cual entonces se considera “como una fórmula de interpretación que impone a la autoridad la obligación de identificar cuál es la norma que garantiza la más amplia protección de los derechos humanos a la persona en cada caso concreto” (SCJN, 2012, pág. LVIII).

²⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2012), “Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Protección de las Personas aplicables en México”, Tomo I. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Presentación, (CD), SCJN, México, pág. LIX.

Este principio, como señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es referente para su aplicación en tres posibles casos:

- i) ante la existencia de dos o más normas aplicables a un caso, se prefiere el uso de aquella que garantice de mejor manera el derecho o derechos implicados;
- ii) ante dos o más posibles interpretaciones de una norma se debe preferir la que posibilite el ejercicio del derecho de manera más amplia y
- iii) ante la necesidad de limitar el ejercicio de un derecho o libertad, se dé preferir la norma o la interpretación que lo haga en la menor medida posible (SCJN, 2012, pág. LVIII).

Como nota importante a mencionar, el desarrollo del control difuso de la convencionalidad es de ejercicio obligatorio, ya sea por mandato constitucional a partir de la reforma constitucional de 2011, y su ejercicio corresponde a todas las autoridades mexicanas en el ámbito de su competencia y sobre la protección de los derechos fundamentales que de su actuar se desprenda, el caso común son los jueces por sus propias atribuciones; sin embargo, es importante destacar que autoridades administrativas y legislativas también se encuentran compelidas a realizar dicha interpretación, por lo que un ejercicio indispensable por propio mandato constitucional es la adecuación de las normas existentes a partir de este criterio internacional de constitucionalidad, que adopten los criterios y principios que salvaguarden los derechos fundamentales consagrados no solo en los tratados, sino en todas fuentes de derecho internacional; llámese convenio, pacto, protocolos, adiciones, jurisprudencias, etcétera, con el objetivo de lograr una verdadera armonización del sistema nacional mexicano con el derecho internacional vigente.

Es importante destacar que el control difuso de convencionalidad no implica el mero hecho de citar tratados internacionales para “mayor abundamiento”, como lo denota Ferrer Mac-Gregor (2011), sino que se debe utilizar esta herramienta hermenéutica para realmente hacer un control de convencionalidad que utilice los criterios interpretativos en materia de derechos humanos, a fin de que estos se vuelvan preceptos decisivos de manera sustancial en los casos que resuelvan y así se respete la obligatoriedad que les impone dicho control.

De esta manera, el objetivo de este control difuso de convencionalidad es el de garantizar la función jurisdiccional para los tribunales de la federación, por una parte, mediante la declaración general sobre invalidez y expulsar del ordenamiento normas generales. Mientras que para los jueces y tribunales ordinarios implica la obligación de aplicar de manera preferente aquellas normas que protejan mejor un derecho.

De lo precedente, resulta necesario precisar cuáles serían los procedimientos para satisfacer dicho control, a lo que la corte sostuvo en el expediente Varios 912/2010 (2011) sobre el caso Radilla Pacheco, tres pasos a seguir, de los cuales, de manera sucinta, los dos primeros se pueden resumir en: a) interpretación conforme sentido amplio, b) interpretación conforme sentido estricto. En estas dos, todas las autoridades –de conformidad con el mandato constitucional– deberán 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. La diferencia entre estos dos modelos radica en que el segundo tiene como característica que, cuando haya diversas interpretaciones jurídicas válidas, los jueces deben partir de la interpretación de la normatividad que la hace acorde a los derechos humanos y evitar su vulneración.

Finalmente, el tercer paso, c) refiere que, cuando el juzgador se vea imposibilitado para emplear las dos primeras fases, habrá que inaplicar la ley para salvaguardar la primacía de los derechos humanos. Sin embargo, como bien lo denota Cruz Parcero (2017, págs. 75-90), estos criterios son bastante generales y dificulta precisar qué supone puntualmente cada uno.

Esta reforma ha sido de tal trascendencia que su aplicación va más allá del simple ejercicio jurisdiccional y sobresalen implicaciones en los ámbitos legislativos de la administración pública y cultural, ello impacta en todas las esferas del Estado y de la vida de la ciudadanía.

III. Concepto y marco jurídico de la soberanía

Histórica y doctrinalmente, se le han dado varias acepciones al término de soberanía durante el transcurso del tiempo, desde supremacía del pueblo, independencia de lo exterior, como autonomía y autodeterminación, así como facultad de cada uno de los poderes.

El concepto como tal ha evolucionado desde la concepción del rey como soberano y su posterior sustitución con el Estado después de la Revolución francesa, como apunta Tena Ramírez (1980), la doctrina europea, según Jellinek, es “la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder” (pág. 6).

Sin embargo, esta visión anclaba la soberanía a la persona jurídica conformada por el Estado, en contraposición con la visión americana que posteriormente fue incorporada en las constituciones del continente y donde la soberanía se funda en la voluntad del pueblo reconocida y ejercida a través de su carta suprema.

Es decir, como señala Tena (1980), “el titular de la soberanía es el pueblo o nación” (pág. 10), quien una vez que emite su constitución, esta soberanía a su decir “reside exclusivamente en la Constitución, y no en los órganos ni en los individuos que gobiernan” (pág. 11)

Para Hermann Heller (1968), citado por Arteaga Nava Elisur (2015), la soberanía: Consiste ésta en la capacidad, tanto jurídica como real, de decidir de manera definitiva y eficaz en todo conflicto que altere la unidad de la cooperación social-territorial, en caso necesario incluso contra el derecho positivo y, además, de imponer la decisión a todos, no sólo a los miembros del estado sino, en principio, a todos los habitantes del territorio (pág.12).

El concepto anterior no sólo hace alusión también a la idea del Estado como detentador de la soberanía, sino a la idea de soberanía externa, que implica la defensa del territorio, la no injerencia y sobre todo, de la superioridad del derecho nacional sobre el internacional al hacer referencia de un posible conflicto contra el derecho positivo, se hace una interpretación limitativa del artículo 133 constitucional que establece la supremacía constitucional.

Bajo esta idea, y ante la firma de diversos pactos internacionales por parte de México, la concepción de soberanía había sido entendida por muchos años como la no interferencia de un orden internacional sobre el nacional.

Surge así el debatido antagonismo entre la concepción de soberanía y el derecho internacional como cita Carpizo (1982):

La soberanía del Estado no es, pues, un principio destructor del Derecho internacional, sino el punto de partida en la comprensión de este peculiar ordenamiento jurídico. Simboliza la relevancia de la voluntad y del consentimiento del Estado en el proceso de creación, desarrollo progresivo, y aplicación del Derecho internacional... (pág. 206).

El problema que ha traído la concepción de soberanía y que lleva a pensar en su manera de aplicación, no radica medularmente en poder echar mano de armamento para su aplicación, sino que se trata de una cuestión orden jurídico, Hillgruber, C. (2009), afirma que la soberanía:

Entendida como posición jurídica, como la competencia del Estado para tomar la decisión definitiva y vinculante tanto en asuntos internos como externos, supone un poder otorgado por el sistema jurídico y por tanto necesariamente limitado. Es la expresión no de una autoridad sin límites, sino de un poder ordenado legalmente (pág.5).

Este poder otorgado a través del sistema democrático a los poderes que integran el Estado.

De los conceptos anteriores se desprenden cuatro variantes de soberanía: interna, externa, nacional y popular.

Carpizo, J. (1982), explica la soberanía interna al señalar que esta:

implica que el pueblo se otorga su propio orden jurídico sin que nadie le señale como debe ser este; los hombres libres deciden su forma de gobierno y nombran a quienes van a dirigir los órganos de la estructura política, de acuerdo con las leyes que son expresión de la voluntad popular. Así, el aspecto interno consiste en la facultad exclusiva de un pueblo de dictar, aplicar y hacer cumplir las leyes (pág. 201).

Por su parte, el aspecto externo implica la libertad de todas las naciones, la igualdad entre todos los pueblos. El aspecto externo significa que un pueblo independiente y supremo se presenta en el consorcio universal de naciones, entra en relación con sus pares; es el mismo principio que requiere la vida interna de la nación, solo que proyectado hacia fuera del Estado (Carpizo, 1982, pág. 201).

Respecto de la soberanía nacional, alude a su independencia internacional, como cita Alonso, José A. (2006):

Ningún otro poder está sobre el Estado nacional, el cual tampoco se subordina a ninguna otra autoridad interna o externa. Una consecuencia crucial de la soberanía es que, por poseer el poder supremo, el Estado nacional no tolera interferencias extranjeras. Un aspecto fundamental para comprender el término es que "la autonomía del estado está condicionada, aunque no determinada en un sentido fuerte, por su independencia de la acumulación de capital sobre la que su control está lejos de ser completo (págs. 83-84).

Como señalaron en su momento Orozco Henríquez y Silva Adaya (2002), el ejercicio de la soberanía nacional implica "la igualdad jurídica respecto a los demás Estados, pueblos y naciones, porque se tienen los mismos derechos y deberes, e igual capacidad para ejercerlos (artículo 89, fracción X, y diversos pactos y tratados internacionales)" (pág. 73), de lo que se entiende como soberanía nacional y externa se encuentran completamente relacionadas.

Por su parte, García Toma Víctor (2005) señala que la soberanía popular es aquella que se delega, disemina o divide en la pluralidad y totalidad de los miembros de una comunidad política. En suma, es una política de copropiedad del poder político (2005, pág. 180).

La constitución regula la vida de la sociedad, crea al propio Estado, su división y las funciones de sus órganos, las relaciones entre la ciudadanía y el propio Estado; entre otras cuestiones. Sin embargo, dicha regulación se realiza mediante la propia voluntad del pueblo, expresada a través de sus representantes, sujetos nombrados para realizar dicha función constituyente. Para Tamayo y Salmorán (1998) la idea de la "supremacía", viene de un término más amplio que es el de la "soberanía".

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como base de la supremacía constitucional, en su artículo 133:

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 (1917).

Previo a la reforma constitucional de 2011 existía el debate en cuanto a la interpretación de dicho artículo, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció, en la tesis 192, 867 de 1999, “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal” (Carmona, 2011, pág. 57), cuya interpretación aludía a que los preceptos internacionales estaban por encima del derecho federal, incluso previamente a esta, aquella que en su momento consideró la igualdad de jerarquía entre legislación federal e internacional, estas posturas han quedado superadas tal y como se observa de la contradicción de tesis 293/2011 (2013), donde la SCJN ha determinado que las normas sobre derechos humanos contenidas en los tratados internacionales tienen rango constitucional, es decir, se observa una postura monista de supremacía, que aboga por la superioridad de estos instrumentos internacionales, de conformidad con la pirámide kelsiana conocida, donde la constitución y los tratados internacionales son fuente suprema del derecho, seguidas por la leyes federales.

Como se observa, el artículo 133 obliga a todas las autoridades judiciales a salvaguardar el contenido del orden primario, lo que conduciría, en principio, a autorizar a cualquiera de ellas a realizar el control de constitucionalidad de normas generales, con independencia del orden parcial a que pertenezcan (pues el control de legalidad lo realizan mediante la decisión de las acciones y medios ordinarios de defensa) (Suárez, 2009, p. 49).

En México, como identifica Tena Ramírez (1980) “El pueblo, a su vez, titular originario de la soberanía, subsumió en la Constitución su propio poder soberano”, en sus artículos 39, 40 y 41, los cuales, entre otras cuestiones, tratan de lo siguiente.

El artículo 39 reconoce que la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo y es básicamente quien tiene el derecho de alternar o modificar su forma de gobierno.

Por su parte, el artículo 40 declara la voluntad del pueblo mexicano para constituirse en una república representativa y democrática, compuesta por estados libres y soberanos.

Finalmente, el artículo 41 señala que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión, en los casos de la competencia de estos y por los de los estados y la Ciudad de México.

Bajo estas premisas constitucionales, se observa a la soberanía como un atributo del poder del Estado, el cual se encuentra integrado por el pueblo, y a quien le otorga potestad a través de los poderes de la unión para que, a su nombre y representación en cada uno de las actividades que desarrollen, lo hagan de manera responsable a favor del pueblo que los eligió. En este sentido, el principio de democracia surge como eje integrador de la soberanía y la supremacía constitucional.

Atendiendo a los tipos de soberanía interna, externa, popular y nacional que los teóricos han analizado, y sobre las cuales se hizo referencia en párrafos anteriores, precisamente en estos tres artículos se observa claramente su distinción, el primer artículo al adjudicar la soberanía nacional al pueblo, el segundo y tercero implican precisamente el ejercicio de una soberanía tanto interna como popular para decidir su forma de gobierno y de Estado.

Sin embargo, lo cierto es que esta voluntad del pueblo ejercida de manera democrática al integrar los poderes de la Unión, que conforma la entidad del Estado, es la que ejerce realmente la soberanía, la de emitir sus leyes, la de reformar la constitución, establecer límites y atribuciones en los estados, así como de relacionarse con otros países.

Ahora bien, cuando se habla de soberanía externa implica esta relación entre Estados en condiciones de igualdad, de respeto, no injerencia y cooperación, el artículo 89 de la constitución la identifica, en su fracción X, como una facultad y obligación del presidente de la república al señalar:

Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales (1917).

Esta soberanía externa es encargada al presidente en su función de representante del poder Ejecutivo, es decir, mediante la dirección de la política exterior se implica la adquisición de obligaciones de carácter internacional y la incorporación de normas supranacionales al sistema jurídico, que, de conformidad con el artículo 133, al igual que la constitución, es norma suprema, para lo cual requiere el consenso democrático, en este caso, del senado, quienes, al ser representantes de las entidades federativas, y en un ejercicio de facultades concurrentes, expresan la voluntad del pueblo soberano para obligarse a nivel internacional.

IV. Debate actual de la transformación de la soberanía en México

La idea de soberanía ha sido muy criticada. Pues, como en la religión, bajo la premisa de defensa de la soberanía, se han desatado diversas guerras y, por lo tanto, se ha convertido en un obstáculo para la consolidación de las relaciones internacionales, como ha señalado Brito Melgarejo Rodrigo (2018).

Si bien esta concepción de soberanía interna y externa se encontraba claramente delimitadas como, lo cierto es que ambas han implicado una idea de poder y de sujeción del Estado, en el primer caso, de la persona jurídica llamada Estado con sus ciudadanos, y, en el segundo, de las relaciones con sus pares, donde era visión un choque de soberanías.

Zagreblesky (2011), señala que, desde el ámbito jurídico esta idea de soberanía era entendida como esta potestad de la persona jurídica del Estado (no del pueblo, sino de sus instituciones) como único autorizado para crear el derecho en beneficio exclusivo del propio Estado, es así una reconducción de la fuerza política que lo integra.

En México, por ejemplo, como alude Arteaga Nava (2015):

en el sistema político mexicano la soberanía formal y material ha sido asumida, usurpada y ejercida de manera ordinaria por una facción armada triunfante, que ha impuesto a un constituyente un criterio de organización que previamente ella ha firmado; las cúpulas de las facciones vencedoras han sido las que han determinado las formas de estado y gobierno que deben adoptar..." (pág. 13).

Ello lleva a la premisa de que el sistema está diseñado para perpetuarse.

Sin embargo, en la actualidad, esta visión de soberanía ha sido desdibujada por los cambios políticos, sociales, económicos y jurídicos que cada Estado ha vivido. Parafraseando a Zagreblesky (2011), es posible observar diversas fuerzas corrosivas que actúan reciamente contra la soberanía tanto interna como externamente:

...el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización promovida a veces por los propios Estados de "contextos" que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso, la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer entre jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen (págs. 11 y 12).

Por su parte, Antonella Ittili (1998), identifica diversos factores que debilitan la concepción actual de soberanía:

- a) La crisis del Estado nación por los cuestionamientos a la unidad nacional.
- b) La crítica a la soberanía percibida como “dogma”, por la supervivencia del autoritarismo nacional.
- c) La presencia de organismos e instituciones internacionales que limitan la soberanía externa.
- d) La afirmación y positivización de valores y principios. (derechos humanos y paz)
- e) La tercera revolución tecnológica y la intensificación de la comunicación a nivel global.
- f) El proceso de globalización de la economía.
- g) La pérdida de los monopolios de recursos estratégicos, entendidos como los recursos financieros (págs. 31-32).

La globalización y el desarrollo económico han jugado un papel significativo en la construcción de un nuevo pacto internacional, a nivel interno, la necesidad del Estado de asegurar el progreso de la nación ha puesto en la balanza la aceptación de acuerdos multilaterales que han impactado precisamente en otras decisiones internas, la construcción de una verdadera democracia, la apertura a la crítica y evaluación internacional, la creación de organismos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales en materia de garantía de derechos humanos y la diversificación de los instrumentos internacionales para su protección, la transparencia, rendición de cuentas y derecho a la información que permitan dar certeza y legalidad a las relaciones nacionales e internacionales. Todo esto, junto con los factores y fuerzas que Zagreblesky e Ittili identificaron, ha servido como base para un nuevo entendimiento de lo que debe ser y debe proteger la soberanía.

Se observa cómo poco a poco, durante el transcurso de las épocas y la integración de las comunidades jurídicas supranacionales a nivel mundial, se transforma la forma de entender la soberanía tanto interna como externa, hasta configurarse lo que en su momento Kant denominó, una “federación de Derecho Internacional”, aunque, como señala Becerra Ramírez (2019), más desde la visión que plantea Danillo Zolo, de igualdad soberana, y de Estado constitucional cooperativo al que se refiere Peter Haberle (pág. 139-144).

A nivel interno, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, posteriormente con los sucesivos instrumentos internacionales, comienza un cambio en las relaciones entre los Estados, donde, como señala Brito Melgarejo (2018) “La división de poderes, el principio de legalidad y los derechos fundamentales se convierten en limitaciones y, en algunas ocasiones, en negaciones de la propia soberanía interna” (s/p).

Lo anterior es así, pues la creación de acuerdos internacionales en contraposición con el principio positivista de superioridad de la ley constitucional deja de lado la potestad absoluta que hasta el momento tenía el legislador en la construcción de su visión soberana del Estado.

El pluralismo político y la construcción de nuevas democracias constitucionales han dejado atrás los poderes absolutos y soberanos que organizaban la ley a su visión del Estado y a su servicio, ello ha permitido una alternancia en la gobernanza mundial que, caracterizada, entre otras cuestiones, por la incorporación de principios y valores de derechos humanos que han perfeccionado la visión del Estado y modificado la estructura de la constitución a un modelo “abierto”, como diría Zagreblesky (2011), constituye ahora un enfoque de Estado constitucional del derecho internacional, donde los poderes absolutos y centralistas se han disuelto.

En estas circunstancias, se ha considerado que sería posible sustituir la idea de soberanía del Estado por una de soberanía de la constitución.

En cuanto a la soberanía externa, la conformación de estas comunidades supra nacionales también la han transformado a partir de la segunda mitad del siglo XIX y primera del XX.

La visión de soberanía nacional, hasta entonces, radicada en la persona jurídica del Estado, residía por un lado en la limitación al poder, al control de la legalidad, así como a la soberanía de los poderes como representantes de esta soberanía popular, sustentado en todo momento al concepto de Estado de derecho interno y absoluto en el exterior, y con ello legitima la negación de la entrada del derecho internacional como contradicción y confrontación en las relaciones entre los países, que se oponían a la creación de un derecho supraestatal.

Esta visión comienza su declive después de la segunda guerra mundial con la conformación de la ONU (1945) como primer órgano supra nacional y la firma de la Carta de las Naciones Unidas primeramente y después de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), donde se retoma la visión de los derechos humanos “como límite ético – político para toda la humanidad” (Cruz Parceró, 2017, p. 25), lo que transforma el sistema jurídico mundial bajo los principios de protección de los derechos humanos y el imperativo de la paz.

Es precisamente esta carta de la ONU la primera representación del pacto social internacional que inicia con la transformación del derecho internacional y la soberanía externa como hasta ese entonces se conocía, como señala Brito Melgarejo (2018) “dejando de ser un sistema *pacticio*, basado en tratados bilaterales *intra partes*, y convirtiéndose en un auténtico *ordenamiento jurídico supraestatal*”, con la expansión de múltiples tratados, pactos y declaraciones en la materia.

En este sentido, Zagrebelsky (2011) sostiene que:

en el plano de las relaciones entre Estados, se ha recorrido un camino paralelo, testimoniado por la introducción de la expresión ‘Constitucional Internacional’, como signo de una progresiva legalización y de un despliegue de la mera efectividad de encuentro (o del desencuentro) de soberanías (pág. 13).

A partir de la segunda mitad del siglo XX, la aceptación y posterior ratificación por parte de los Estados miembros de diversos instrumentos internacionales, así como de la competencias contenciosa de órganos jurisdiccionales supranacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional, ha introducido nuevos sistemas (universal o regionales) de derechos humanos, que han complejizado su protección, de esta manera se han tenido que establecer nuevas dinámicas de interpretación y aplicación para la protección de los derechos humanos y conformando un pluralismo interpretativo, que inciden directamente en los sistemas jurídicos internos de los Estados.

Lo anterior ha traído como consecuencia la creación de modelos de interpretación e incorporación de los derechos humanos, que les permitan tanto a los tribunales nacionales como supra nacionales crear parámetros de aplicación e interpretación del derecho para aplicar en las jurisdicciones.

Otros países se han adentrado a la incorporación en sus constituciones nacionales del derecho internacional de los derechos humanos, ya sea al elevar los derechos humanos internacionales como fuente orientadora de la interpretación constitucional o mediante la incorporación de la interpretación internacional de los derechos humanos en el ejercicio jurisdiccional y su definición en la propia constitución estatal, ello ha traído, como señala Pedroza de la Llave (2011), la construcción de un derecho común.

Esta apertura del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones de América Latina se observa desde la década de los setenta hasta la fecha. México, como se muestra a continuación, llega con básicamente treinta años de retraso en comparación con el primero de los países que incluyó en su constitución el derecho internacional de los derechos humanos, como lo demuestra Salazar Ugarte (2014, pág. 43), así se encuentran los siguientes países latinoamericanos que han incorporado el derecho internacional de los derechos humanos en su constitución: Perú (1979 y 1993 modificación), Nicaragua (1987), Brasil (1988), Chile (1989), Costa Rica (1989), Colombia (1991), Paraguay (1992), Argentina (1994), Venezuela (1999), República Dominicana (2003 y 2010 modificación), Ecuador (2008), Bolivia (2009) y México (2011).

Aunque las modificaciones anteriores han tenido diversas metodologías, básicamente existen cuatro modelos de incorporación del derecho internacional en fuente constitucional, como lo observa Pablo Manili (2013), a saber.

Tabla 1

MODELOS DE LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CONSTITUCIONES EN AMÉRICA LATINA			
1	2	3	4
Establecer de forma expresa la jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos.	Otorgan jerarquía constitucional a las normas internacionales de derechos humanos, pero solo en aquellos casos en los que la norma internacional es más protectora que la norma local (pio. pro persona).	Establecen como fuente de derecho al derecho internacional de los derechos humanos, pero sin reconocerle alguna jerarquía en el ámbito interno.	No dicen demasiado en torno a la inclusión de los derechos humanos en el sistema jurídico; el principal avance en materia se ha llevado a cabo por la vía jurisprudencial.
Perú (1979) Brasil (1988) Colombia (1991) Argentina (1994) México (2011)	Venezuela (1999) Ecuador (2008) Bolivia (2009)	Nicaragua (1987) Chile (1989) Paraguay (1992)	Costa Rica (1989) República Dominicana (2002)

Nota. Fuente, Salazar, 2014, pág. 44

Con lo anterior se observa la gran resistencia, como lo hace evidente Jesús Becerra (2010), para la aceptación de la injerencia internacional en materia de derechos humanos, en razón de que se consideraba una intromisión a la concepción históricamente adoptada de la soberanía. La reforma constitucional de 2011 y la adopción de las formas de interpretación señaladas, son hasta el momento un gran avance como él lo expone, pues, con la aceptación de derechos fundamentales de carácter supranacionales, si bien denuncia un camino largo aun por recorrer, con el objetivo de adecuar verdaderamente el término que hasta ahora se concibe de soberanía a la realidad social, se está ante una nueva “tendencia cosmopolita” (Becerra, 2019, p. 68 y 69), que transforma la soberanía en un concepto más complejo de tipo posmoderno, donde el poder del Estado ha trascendido lo nacional mediante un cambio de paradigma que vislumbra la soberanía como una nueva figura “supraestatal, difusa y policéntrica” (Becerra, 2019, p. 79), caracterizada por un trabajo solidario internacional en la defensa de los derechos fundamentales.

V. Consideraciones finales

1. El concepto de soberanía actualmente ha ido más allá que esta división de soberanía interna y externa, que durante décadas fueron inculcadas en los estudios de derecho.
2. La celebración por parte del presidente de la república y la aprobación por parte de la Cámara de Senadores de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos a los que México se ha obligado, ha sido expresión de la voluntad del pueblo, a través del sistema democrático de representación, donde de manera libre y soberana, ha decidido delegar el mandato a los servidores públicos electos mencionados, para la celebración de los tratados, acuerdos, pactos, y demás instrumentos internacionales que conforman el *canon* constitucional.
3. Más que una soberanía nacional, se puede hablar ahora de una soberanía representativa constitucional.
4. Esta transformación de la soberanía en México, a pesar de que se ha transformado paulatinamente desde la década de los noventa, lo cierto es que se observa más contundentemente a partir de la reforma constitucional de 2011, con el reconocimiento del bloque de convencionalidad integrado por los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos como parte de la supremacía constitucional.
5. A partir de ello, será importante alejarse de la estrecha concepción de “supremacía constitucional”, y entender que se está en una nueva época del constitucionalismo internacional caracterizado por la ductilidad del derecho, en palabras de Zagrebelsky, y sobre el cual otros autores han hecho referencia desde diferentes concepciones: sistema transconstitucional (Marcelo Neves), constitución en red (Gisbert Bustos), constitucionalismo multinivel (Jaime Cubides), pluralismo constitucional (Gisbert Bustos y Aida Torres), el constitucionalismo global (Anne Peters), e incluso como constitucionalismo del árbol vivo (Wilfrid. J. Waluchow); que lleva a trasladar la forma de entender la jerarquía constitucional durante tantas décadas aprendida desde la visión de la pirámide escalonada de Kelsen, hacia una pirámide en espiral, donde los niveles se encuentren entrelazados por un eje conductor: la mayor protección de los derechos humanos.

VI. Referencias bibliográficas

- Alonso, J. (2006). Soberanía nacional y neoliberalismo en México: el nuevo sector manufacturero en Tlaxcala. *Problemas del desarrollo*, 37 (145), 81-103. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0301-70362006000200005
- Attili, A. (1998). Derecho y poder en la crisis de la soberanía. *Theoría Revista del Colegio de Filosofía*, (7), Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional Autónoma de México, 29-48. <http://revistas.filos.unam.mx/index.php/theoria/article/view/207>
- Arteaga, E. (2015). *Derecho constitucional*, 4ta edición, Oxford, México.
- Becerra, J. (2019). *El derecho internacional de los Derechos Humanos*. México: Porrúa.
- Becerra, J. (2010). *El constitucionalismo ante los instrumentos internacionales de derechos fundamentales*. CEDHJ – UBIJUS, México, 51-56.
- Brito, R. (2018). *Derecho Constitucional Internacional*. Conferencia Magistral, Ciclo de conferencias inaugurales de la Primera Generación del Doctorado en Derechos Humanos, ciclo 2018 B, México: Centro Universitario de Tonalá, Universidad de Guadalajara.
- Carbonell, M., y Salazar, P. (2011). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, México, 1-38. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11939>
- Carmona, J. (2011). La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pablo, *La reforma constitucional de*

- derechos humanos: un nuevo paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/11939>
- Carpizo, J. (1982). La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional. *Revista de estudios políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, México: UNAM, 195-209.
- Cruz, J. (2017). *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y Control difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Revista Estudios Constitucionales*, 9(2), Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile. <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/151>
- Ferrer Mac-Gregor, (1994). “Como *pluralismo constitucional* o *Constitución en red*. Los tres términos son acuñados por Neves, Marcelo y Bustos Gisbert Rafael”; en Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, tomo 80, agosto 1994, p. 346.
- García Toma, V. (2005). *Teoría del estado y derecho constitucional*. Perú: Palestra.
- Hernández Sampieri, R., Fernández – Collado, C., y Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la Investigación*, 4ta edición, México: Mc Graw Hill.
- Hillgruber, C. (2009). *Soberanía-La defensa de un concepto jurídico*. InDret Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona: Universitat Pompeu Fabra. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/593_es.pdf
- Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos en México (2003). *Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México*. Naciones Unidas. https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/8diagnosticoCompleto.pdf
- Orozco Henríquez, J. Jesús y Silva Adaya, Juan Carlos (2002). *Los derechos humanos de los mexicanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Pedroza de la Llave, Susana Thalía (2011). *Los Derechos Humanos en América Latina*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México: UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/12.pdf>
- Salazar Ugarte, P. (Coord.) (2014). *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*. Instituto Belisario Domínguez, México. Senado de la República.
- Saltalamacchia Ziccardi, N. & Covarrubias Velasco, A. (2011). La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos, en Carbonell Sánchez, Miguel & Salazar Ugarte Pedro. *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, México. 1-38. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11939>
- Suárez Camacho, H. (2009). *El Sistema de Control Constitucional en México*. Porrúa, México, p. 46.
- Tamayo y Salmorán, R. (1998). *Introducción al estudio de la Constitución*, Fontamara, México, 221 y 222.
- Tena Ramírez, F. (1980). *Derecho Constitucional Mexicano*. México: Porrúa.
- Zagrebleky Gustavo (2011). *El derecho dúctil*, Madrid: Trotta.

Marco legal

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM] (DOF 28 mayo 2021). 9 de septiembre 1917 (México).
- A/HRC/11/27 (2009). “Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal ** México”, Consejo de Derechos Humanos, 11º Periodo de sesiones, Tema 6 de la agenda.

- Asamblea General, Naciones Unidas. 5 de octubre de 2009.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7984.pdf>
- Contradicción de tesis 293/2011, (2013). Pleno Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.
<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>
- Tesis P.C/92 (1992). “Leyes Federales y Tratados Internacionales. Tienen la misma jerarquía normativa”. Semanario Judicial de la Federación, No. 60, SCJN, p. 27.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2012). “Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Protección de las Personas aplicables en México”. Tomo I. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Presentación, (CD), SCJN, México.

Capítulo VI

Los alcances, realidades actuales y agenda pendiente de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos, construcción esquemática a diez años de su implementación

Sumario: *I. Notas introductorias. II. Contexto de los derechos humanos en México. III. Balance del paradigma. IV. Actualidades y desafíos de la reforma. V. conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.*

Dante Jaime Haro Reyes²⁶
Francisco Antonio Ramírez Frausto²⁷

Los Derechos Humanos son la materia de materias Acción de Inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas 16/2017, 18/2017 Y 19/2017 Suprema Corte de Justicia de la Nación

I. Notas introductorias

En todo Estado de derecho se pugna por una efectividad del imperio de la ley, división tripartita de poderes, actuación de las autoridades de acuerdo con los principios de legalidad y legitimidad y la vigencia a la garantía de las libertades y derechos fundamentales. Son precisamente estos dos últimos elementos los que, dentro de los pliegos petitorios y demandas, han sido una constante desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y que, de manera exponencial, han adquirido consolidación, universalidad y progresividad en los Estados garantes de los derechos humanos.

La historia del Estado de derecho, del constitucionalismo democrático y de los derechos humanos, de acuerdo con lo dispuesto por Luigi Ferrajoli (2006, pág. 134), puede ser leída como una larga lucha contra el absolutismo del poder. México no es la excepción, las luchas sociales y episodios convulsos para regular el poder público, reivindicar y, posteriormente, consagrar en un cuerpo normativo de los derechos humanos deviene de un proceso de larga data.

²⁶ Doctor en Derecho por la Universidad de Heidelberg, Alemania. Profesor-investigador titular “C” adscrito al Departamento de Derechos Público del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel II. Fue presidente del Consejo Consultivo de Seguridad Ciudadana de Guadalajara (2013-2015), fiscal de Derechos Humanos de la Fiscalía General del Estado de Jalisco (2015-2018), encargado del Despacho de la Fiscalía Especializada en Personas Desaparecidas (2018) y secretario técnico del Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación en Jalisco (2017-2018). Actualmente se desempeña como defensor de los derechos universitarios de la Universidad de Guadalajara.

²⁷ Abogado por la División de Estudios Jurídicos del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Egresado de la maestría en Derecho Constitucional y Administrativo por dicha institución. Se ha desempeñado como auxiliar de investigación del Proyecto 216776, denominado “La Proactiva Participación Ciudadana en la Formulación, Monitoreo y Evaluación de Políticas Públicas de Prevención y Seguridad en los Municipios más conflictivos del Estado de Jalisco” (2013-2019). Además, como asesor en el Despacho de la Fiscalía de Derechos de Derechos Humanos de la Fiscalía General del Estado de Jalisco (2015-2018). Actualmente se desempeña como enlace operativo representante de la Defensoría de Derechos Universitarios de la Universidad de Guadalajara (2019-presente).

En junio de 2011, la Reforma en Materia de Derechos Humanos vino a despertar del letargo –que desde la revolución permanecía así– al Estado mexicano, en cuanto a la exigibilidad, reconocimiento y progresividad de estos. Fue tal la trascendencia de esta paradigmática reforma, que se reconocen los derechos estatuidos tanto en la carta magna como en los tratados internacionales en la materia que México haya firmado y ratificado, obliga a las autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; destacándose también el carácter humanitario del asilo por motivos de persecución; la restricción de determinados derechos susceptibles de suspenderse; la obligación a los servidores públicos de responder las recomendaciones emitidas por las comisiones de derechos humanos o, en su defecto, fundamentar su negativa; la facultad de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos y el establecimiento de un bloque de constitucionalidad-convencionalidad.

La pertinencia y actualidad del análisis de este tema radica en que recientemente se cumplieron diez años de esta reforma, ello conmina a la evaluación de los logros y retos aún por cumplir, el balance de la incidencia sociopolítica, la transversalidad que ha habido en los derechos humanos desde la exposición de motivos y, desde luego, poner en justa dimensión los alcances y realidad actual, que en estricto apego contextual, el debate jurídico y visibilización de exigencias, no son en los mismos términos que aquel 10 de junio de 2011.

Para ello, se tomará de base el enfoque teórico de la progresividad, la transversalidad y la característica multidimensional de los derechos humanos a través de una metodología empleada consistente en el análisis deductivo, histórico-descriptivo y cualitativo no experimental, cuyo objetivo principal es demostrar el balance de la reforma mediante las realidades actuales y evidenciar bajo un esquema propositivo en los espectros de la atención a víctimas de personas desaparecidas, los derechos de las mujeres y el uso de las fuerzas armadas, con esto se demostrará la necesidad de un viraje necesario para reconfigurar la agenda de derechos para el Estado mexicano para estos tres grandes rubros.

II. Contexto de los derechos humanos en México

No es para menos que el término “derechos humanos” sea un tema central en diversas latitudes dentro de la sociedad, del quehacer institucional y tema de atención prioritaria para el gobierno federal y estatal. Ello ha tenido como resultado la creación de ambientes propicios, neutrales, incluyentes y plurales para la expresión y canalización de las demandas sociales (Martínez Bullé-Goyri, 2011).

Dentro de la óptica multi e interdisciplinaria, respecto de las presencias y las ausencias de la defensa, ejercicio, salvaguarda y respeto de los derechos humanos dentro del contexto mexicano, existe preocupación por las crisis en que estos se ven inmersos; estas dificultades, por lo general, se ven envueltas en un halo de sistematicidad y recurrencia y no solo por la acción, sino también por las omisiones de quienes cumplen con la ley y velan por el respecto de los derechos humanos.

Más allá de las acepciones conceptuales de los derechos humanos, más que un constructo histórico de la humanidad, cuya prospectiva es la configuración de una sociedad más justa (Hunt, 2009) son un elemento forme y consustancial de la consolidación del proyecto de vida de las personas; en otras palabras, son inherentes a la naturaleza humana. Por lo tanto, su protección, garantía y libre ejercicio no debe estar circunscrito a ningún tipo de crisis que tenga como objeto un menoscabo en cualquier métrica.

El largo camino trazado por los derechos humanos vierte una serie de elementos que dan estructura orgánica y dogmática a los Estados, cuya evolución depende, en gran medida, de la forma en que los derechos humanos sean concebidos y aceptados. Para Aldo Schiavello (2019, pág. 22) “el paso de un Estado de Derecho a un Estado constitucional de Derecho es marcado por el nacimiento de los derechos”, y más aún por el reconocimiento positivo y efectiva tutela de estos; ello, sin duda, permite un avance significativo ya no sólo como Estado, sino como humanidad.

Como en otras latitudes, el Estado mexicano no es la excepción a estos procesos. Dentro de su convulso haber histórico por el reconocimiento de las libertades y derechos, que, plasmados en una secuencia de documentos jurídicos, los cuales han expresado de manera poco homogénea la manifestación de estos derechos, se ha posibilitado, gradualmente, la conformación del Estado constitucional de derecho en México.

Una breve y esquemática exploración de los textos constitucionales en México hasta analizar la vigente de 1917:

- a) *Constitución de Cádiz de 1812*. Dictada durante La Colonia, en Cádiz, contaba con un total de 394 artículos, cuya columna vertebral era, como lo fueron las declaraciones francesa y norteamericana, el pensamiento liberal; que pugnaba por el reconocimiento de la soberanía a los integrantes de la nación (Cámara de Diputados, 1812).
- b) *Constitución de Apatzingán de 1814*. Con un total de 242 artículos y conocida también como Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana (Gobierno de México, 2021), es tenida como el antecedente primigenio de la que se consideraría constitución como norma fundamental, cuyas aportaciones fueron de tal envergadura, que apuntalaron la causa de independencia y la libertad. Al igual que su predecesora, destaca la soberanía como potestad del pueblo, el derecho al sufragio, el ejercicio de tripartito del poder, al prohibir que una sola persona o corporación lo detentara y los derechos de libertad igualdad y propiedad (Cámara de Diputados, 1814).
- c) *Constitución de 1824*. Promulgada el 4 de octubre como Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, recién terminada la consumación de la Independencia de México. Se reconoce la división de poderes en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, la soberanía como potestad del pueblo y la constitución de México como república representativa, popular y federal. Estableció, además, a los estados integrantes de la nación (Cámara de Diputados, 1824).
- d) *Las Siete Leyes Constitucionales de 1836*. Emergió dentro de un contexto altamente convulso regido por rebeliones y crisis generalizada. La primera ley hablaba sobre ciudadanía y derechos, la segunda del Supremo Poder Conservador; en la ley número tres, se indagó sobre el poder legislativo, la cuatro correspondió al ejecutivo y la quinta, al judicial. Las dos últimas se refirieron al gobierno de las provincias y los departamentos y al final las maneras de reformar (CIDE, 2021).
- e) *Bases Orgánicas de 1843*. Recogía el concepto de soberanía vigente hasta la actualidad, adoptaba un gobierno republicano, popular y representativo, aunque la organización política era de corte centralista, dividía a la república en departamentos, estos en distritos, partidos y municipalidades; se estatúan las garantías de seguridad jurídica, reservación de la libertad, enfatizaba la reiteración de la independencia del país y un elemento a considerar es que instauraba la pena de muerte (Cámara de Diputados, 1843). Fue promulgada el 13 de junio de 1843.
- f) *Acta Constitutiva y de Reformas de 1847*. El contexto histórico giraba en torno a eventos de suma relevancia para la vida pública y política de la república, destacándose la independencia de Texas, la rebelión de Yucatán y la invasión norteamericana de 1846. En cuanto al contenido de esta acta, se precisan 30 artículos y cuatro declaraciones, por

- las cuales se afianzaban los derechos del hombre y las garantías individuales, el amparo y la división de poderes tanto a nivel federal como local. (Cámara de Diputados, 1847).
- g) *Constitución Mexicana de 1857*. Promulgada el 5 de febrero de 1857 por un congreso de no más de noventa representantes, y contiene un total de 128 artículos, destaca su artículo 1° que “reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales” (Cámara de Diputados, 1857). Además, hacía vigentes los derechos a la enseñanza, al comercio, las libertades de asociación y de imprenta, se abolía la esclavitud y se mantenía la idea del federalismo.
 - h) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*. Promulgada el 5 de febrero de 1917 en Querétaro, que, al igual que otros cuerpos constitucionales mexicanos, tienen el aspecto coyuntural de que emerge a la vida después de un conflicto armado, esto es, como resultado de la Revolución mexicana iniciada en 1910, fue la primera norma constitutiva en incluir los derechos sociales y que propugnaba por un mejoramiento en la relación entre el gobierno y la ciudadanía. Dentro de su contenido resalta el reconocimiento de las garantías individuales, la división de poderes y el sistema federal aún imperante, se establecieron leyes secundarias y reglamentarias para lo referente a la propiedad de las tierras, trabajo y educación, la cual debía ser laica y gratuita. Este constitucionalismo social, a la par del juicio de amparo, es considerado el aporte mexicano a los planos nacional e internacional, cuyo impacto ha sido de suma trascendencia.

Este breve análisis retrospectivo apunta a que el reconocimiento de los derechos humanos en México ha sido un proceso paulatino de consolidación, el cual, además de necesario, ha tenido como efecto de cascada la visibilización de nuevas dimensiones de los derechos humanos, al trastocar el andamiaje institucional y materializar obligaciones y mecanismos protectores y al dotar de un nuevo marco constitucional donde la persona y dignidad humana sean el centro de la actividad gubernamental y las libertades y derechos no sean jerarquizados, sino vistos como un todo dentro del quehacer pro dignatario.

III. Balance del paradigma

La Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos fue el resultado de un proceso arduo que, en cierta medida, respondió tanto a las exigencias de la sociedad en general como a las observaciones dirigidas a México y emitidas por organismos internacionales sobre la salvaguarda y respeto irrestricto de derechos y libertades humanas; además, hace vigentes las garantías y disposiciones encontradas en diversos instrumentos internacionales vinculantes para el Estado mexicano, como el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Dentro del cronograma legislativo, es importante señalar la importancia de cuatro fechas: el 24 de abril de 2008, cuando la Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión “presentó una iniciativa cuya exposición de motivos expresaba principalmente la necesidad de armonizar el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos” (CEDHJ, 2021); el 8 de marzo de 2011, cuando la Cámara de Senadores aprueba el proyecto de decreto; el 17 de marzo de 2011, cuando la Cámara de Diputados aprueba la minuta del proyecto del decreto y, posteriormente, remitido a las legislaturas de los estados para su análisis y discusión, que, como elemento contextual, generó altas expectativas al retrotraer un tópico complejo de discutir y, por muchas décadas, tratado como un mero paliativo, muy alejado de la óptica vanguardista que en su momento permeó esta reforma. Por último, el 10 de junio de 2011, cuando es publicada esta reforma en el *Diario Oficial de la Federación*.

Categoricamente, expresa, sino es que la más trascendental, una de las reformas más significativas desde la promulgación de la Constitución de 1917, pues, además de incorporar el derecho internacional de los derechos humanos, puso de relieve una forma axiológica de comprensión de las nuevas dimensiones sobre el respeto y protección de aquellos, aunado a una reconsideración profunda de la naturaleza y dignidad humana, ello amplió el catálogo de derechos, cuyo mandato era la creación e impulso de una cultura de respeto y vigilancia de los derechos humanos.

Representó en sí misma un arduo proceso que involucró no solo a autoridades, sino también sujetos de la sociedad civil organizada, cuya participación fue clave para que la efectiva protección, la concreción de la idea de otorgar el beneficio más amplio a favor de la persona, así como la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a la vida constitucional.

Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, específicamente por la Secretaría de Gobernación a través del 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 (DOF, 2011), tuvo un impacto sustancial en la estructura de los artículos 1°, 3°, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102, y 105 de la constitución mexicana.

Es así que la consagración del núcleo duro de esta Reforma versó en los siguientes elementos:

- I. *Cambio de nomenclatura constitucional para las garantías individuales.* Refiere un momento trascendental, pues se incorpora el término “derechos humanos” y sustituye al de “garantías individuales”, denominándose “De los derechos humanos y sus garantías”, que más que una modificación simbólica, obedece a una realidad integral, cuya proyección y contenido trastoca de manera positiva las relaciones entre ciudadanía y autoridad, al reconocer derechos humanos e instrumentar los apoyos para su ejercicio y validez.
- II. *Delimitación y especificación de las obligaciones de las autoridades.* Representa una de las peculiaridades de esta reforma de las cuales se ve robustecida la relación gobernante-gobernado, al puntualizar las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (...). En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos, en los términos que establezca la ley (Ramírez García & Sánchez Barroso, 2012, pág. 229).
- III. *Establecimiento de los principios constitucionales en materia de derechos humanos.* Ejemplifican su materialización al estatuir que las normas correlativas de los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la constitución y los tratados internacionales en la materia y otorgan la protección más amplia. Identifica los elementos más distintivos: la universalidad, que garantiza que todas las personas gozarán de los mismos derechos, dado que poseen la misma naturaleza y dignidad humana; la indivisibilidad, que conceptualiza a los derechos como un todo, lo que imposibilita su categorización o jerarquización; la interdependencia, que es la estrecha relación entre los derechos, de cuya afectación o beneficio, los otros, lo resentirán, en otras palabras, es la vinculación de las exigencias y garantías de todos los derechos de cuya realización depende la de otros, y la progresividad, que garantiza el no retroceso del reconocimiento y aplicabilidad de los derechos humanos.
- IV. *Derecho a la educación “aderezado”.* El artículo 3° constitucional determina:

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 (Cámara de Diputados, 2011).

- V. *La adecuación e incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al texto constitucional y el aspecto fundamental del control de la convencionalidad.* Dentro del contexto histórico, se hace explícita esta obligación en 2006, con la interacción del juez Sergio García Ramírez en caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Es una herramienta muy pertinente e importante a través de la cual se garantiza una homogeneización o la compatibilidad del marco jurídico doméstico con el marco jurídico internacional, obliga, además, a los Estados parte a vigilar la estricta aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, específicamente lo estipulado en los artículos 1 y 2:
- Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
 - Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (OEA, 1969).
- VI. *Garantía al derecho de asilo, refugio y expulsión de personas extranjeras.* Y no solo eso, sino también el debido proceso, consagrado en el artículo 33 constitucional.
- VII. *Nuevas potestades y efectos jurídicos de las recomendaciones emitidas por las comisiones nacional y estatales de derechos humanos.* El mecanismo no vinculatorio con el cual los organismos protectores de derechos humanos son las recomendaciones, las cuales dan certeza y protección ante violaciones de derechos humanos realizadas por servidores públicos, quienes son obligados a responder por todas aquellas recomendaciones, derivadas de actos susceptibles de observarse y que, en caso de negativa, la o el servidor público deberá fundarla y motivarla públicamente. Asimismo, le proporciona a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos el poder de 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, los titulares de los poderes ejecutivos de las entidades federativas o las legislaturas de estas (Cámara de Diputados, 2011); legitimándola, además, para el libre ejercicio de las acciones inconstitucionalidad contra leyes federales o estatales que contravengan derechos humanos.

Ello implicó un gran progreso jurisprudencial, y tuvo como base los derechos humanos y sus garantías (acceso a programas sociales para personas con discapacidad, prestaciones por maternidad, educación inclusiva, uso de la cannabis, derecho a la identidad, acceso a la información, por mencionar algunos) y que a raíz del Acuerdo 9/2011 del 29 de agosto de 2011, publicado en el *Semanario Judicial de la Federación*, a través del cual se daba inicio a la Décima Época, con publicación de la jurisprudencia del pleno y de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de los tribunales colegiados de circuito, derivada de las sentencias dictadas a partir del 4 de octubre de 2011 (SCJN, 2011).

Como se puede apreciar, la reforma de 2011 es la piedra angular sobre la que descansan las voluntades que concretaron un proceso innovador y progresivo ante las nuevas realidades y exigencias sociales; además, más allá de la nomenclatura y cuestiones semánticas, propició la visibilización de diversos espacios críticos, como es el caso de los grupos vulnerables y su papel en torno a los tomadores de decisiones, la progresividad de sus derechos dentro del andar consuetudinario y, por supuesto, el debate actual de la situación actual de sus derechos y mecanismos de protección.

IV. Actualidades y desafíos de la reforma

De acuerdo con lo planteado por Jorge Carpizo, sobre que la mera enunciación constitucional de los derechos humanos no garantiza su cumplimiento; la reforma en derechos humanos marcó la pauta de inicio transformador que no se ciñe sólo al artículo 1° constitucional.

La reticencia por parte de la sociedad civil y de las mismas autoridades para el reconocimiento efectivo y la implementación de derechos humanos de determinados grupos, ya sea por estereotipos o por discriminación, no ha posibilitado el accionar efectivo del principio constitucional de la universalidad. Se reconoce un avance significativo en el fortalecimiento de la reforma, cuyo impacto no sólo ha sido constitucional, sino también a nivel social, al incentivar la operatividad jurídica y la visibilización de estos derechos en diversos sectores de la colectividad.

No obstante, los desafíos pendientes de atender y concretar se ciñen de manera infortunada en los grupos más vulnerable de la sociedad, los cuales fueron, en gran medida, el motivo preponderante y objeto de la Reforma en Materia de Derechos Humanos de 2011. Es así que se presenta, desde la perspectiva crítica, una panorámica de las actualidades y aquellos retos que mayormente urgen a las autoridades superar, en aras de una vigencia de la universalidad, interdependencia, progresividad y protección de derechos humanos.

a. Atención a Víctimas de desaparición forzada

Dentro del debate jurídico, la atención a víctimas es un aspecto de suma relevancia, pues trata de reestablecer a la víctima del delito en todas sus dimensiones afectadas, que, en el ámbito del nuevo paradigma de los derechos humanos, juega un papel central y que, derivado de un buen acompañamiento y una atención victimológica adecuada por parte de las instituciones competentes para ello, dependerá el éxito de la red de apoyo.

La Ley General de Víctimas fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2013, instrumento jurídico que tiene como columna vertebral reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones de derechos humanos, en especial el derecho a la asistencia, protección, atención, verdad, justicia, reparación integral, debida diligencia y todos los demás derechos consagrados en ella, en la constitución (Cámara de Diputados, 2013), a más de ocho años de su puesta en marcha, la implementación del Modelo Integral de Atención a Víctimas, que no ha tenido los efectos esperados, a la par de la estandarización de los procesos administrativos del Fondo de Aportaciones y el acceso a las medidas de apoyo.

Para el caso de la atención a víctimas de desaparición de personas, se trata de que el delito tipificado en leyes especiales para el caso de México, entendido también dentro del concepto de violación de múltiples derechos humanos, representa un grave problema, pues, si bien no es nuevo –guerra sucia, Caso Rosendo Radilla Pacheco, guerra contra el narcotráfico, Caso Ayotzinapa y la crisis de violencia generalizada– es complicado de afrontar, precisamente porque su reconocimiento fue muy reacio y a regañadientes.

A la par de la Ley General de Víctimas, a partir del 17 de noviembre de 2017 se cuenta con una Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda, entre otros mecanismos tanto federales como propios de las entidades federativas, que inciden positivamente en la investigación y búsqueda de las personas desaparecidas, así como en la gestión forense.

Desde el inicio de este sexenio se denunciaron la desaparición de 63 523 personas. De ellas, fueron encontradas 35 652 y todavía siguen sin ser halladas 27 871. De las que aparecieron, 33 327 fueron localizadas con vida y 2 352 fallecidas. Entre diciembre de 2018 y junio de 2020 se han exhumado 1 682 cuerpos, de los cuales 712 (42.3 por ciento) ya fueron identificados, y 431 (25.6 por ciento) se entregaron a sus familiares (Animal Político, 2020).

Uno de los desafíos en esta materia que se atisban para fortalecer a la reforma es la priorización de consensos en la toma de decisiones, que por un lado beneficien al modelo de atención integral en los planos de investigación, búsqueda, identificación de personas fallecidas sin identificar y, por otro, la colaboración y coordinación entre autoridades que agilice los procesos y se homogenicen los registros y bases de datos para que las víctimas indirectas tengan conocimiento pleno y certero de los acontecimientos y se garantice el derecho a la verdad.

b. Los derechos las mujeres

Los derechos humanos de las mujeres corresponden a un amplio abanico de ámbitos protección y disfrute sin restricción: educación, a la no discriminación, salud, trabajo, participación política, garantías de seguridad y certeza jurídica y a no ser objeto de violencia. Dentro de la estructura social, estos derechos corresponden a las pautas del deber ser, y alejados de cualquier estereotipo que tengan por finalidad el menoscabo de estos.

La corrección de la terminología, en cuanto a la garantía y protección de los derechos humanos, replanteó la manera de la respuesta estatal ante la proliferación de delitos y violaciones de derechos humanos, específicamente cuando la esfera de violación es la correspondiente a las mujeres.

Posicionar la violencia contra la mujer como un eje a fortalecer dentro del contexto y realidad actual de la reforma posibilita hacer visible que este sector no se arroja voluntariamente a esta oquedad de violencia, sino que deviene de una sistematicidad muy arraigada en la sociedad, que las autoridades competentes están obligadas a tratar, prevenir, sancionar y erradicar. De modo que prevenir y afrontar la violencia contra las mujeres no es un acto caritativo. Se trata de una obligación jurídica y moral, que exige medidas y reformas de índole legislativa, administrativa e institucional (Naciones Unidas, 2021).

La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, si bien no emerge dentro del contexto de la reforma de 2011, pero sí antecede a las recomendaciones dadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Campo Algodonero Caso González y Otras *vs* México, y, desde luego, sí tienen como antecedentes las exigencias sociales para sancionar y erradicar la violencia contra la mujer en todas sus modalidades, al puntualizar la violencia física, la patrimonial, la económica y la sexual, así como la familiar, la laboral y docente, la en la comunidad, la institucional, la política, la digital y mediática y la feminicida.

Esta situación se vio recrudecida con el actual confinamiento derivado de la contingencia sanitaria causada por el virus SARS-CoV2, sobre todo, la violencia dentro del hogar. Es un común denominador que no es propio de una región en particular, sino un fenómeno mundial, cuya intensificación obedece a una multiplicidad de factores y amenazas, como la crisis económica generalizada, el estrés producido por el confinamiento y la convivencia constante con el o los agresores y que, con base en las cifras del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, indican que en 2019 se registraron 10.5 asesinatos de mujeres al día y, de enero a abril de 2020, la cifra ascendió a 10.8 mujeres asesinadas al día, en promedio (CNDH, 2020). Esto dificulta de manera evidente el disfrute efectivo de sus derechos humanos

Los derechos humanos de las mujeres y la erradicación, sanción y prevención de la violencia contra las mujeres denotan una serie de retos entre los que se destaca la atención debida de los casos de violencia en cualquier modalidad, la agilización y desburocratización de los procesos de denuncia e investigación de los casos de violencia, el fortalecimiento institucional de atención a las mujeres y a los distintos protocolos de acción que prioricen la debida diligencia, la perspectiva de género y el enfoque diferencial e integrador ante asunto de violencia, lo que dará certeza a los mecanismos de protección de los derechos humanos de las mujeres.

c. Uso indiscriminado de las Fuerzas Armadas

El fenómeno de la militarización de la seguridad pública no es nuevo. La contemporaneidad que se le dota obedece a la vorágine legislativa y continuas reformas, aunada a las controversias sociales, jurídicas y académicas que se generan en torno al problema. Es preciso señalar que la militarización incentiva la visión de la desigualdad y asimetría de los conflictos y, al coincidir con la idea expuesta por Robin Geiss (2006, pág. 1), “esta disparidad no es un fenómeno nuevo y constituye una incidencia ocasional de determinadas batallas”, cuya interacción expresa una desigualdad, que, para el caso de México, no se refiere a un enfrentamiento entre un actor fuerte contra uno débil, sino que el conflicto se da entre el Estado mexicano representado por el andamiaje militar y figuras no estatales, es decir, delincuencia organizada.

El aparato militar ha sido un factor destinado a tareas multipropósito, ha rediseñado su marco de acción y de estrategia, tanto así que han dejado de lado su amplio margen de concesiones y supeditarse al poder político, lo que para Richard H. Kohn cataloga de manera categórica, como “un problema de gobernabilidad” (1997, pág. 141) al tergiversar la naturaleza de sus acciones.

Es preciso señalar la creación de la Guardia Nacional, la cual funge como institución de policía nacional (integrada por la policía federal preventiva, Policía Naval y Militar), y su función es proporcionar seguridad pública a la nación (Foro Jurídico, 2020), que hasta cierto punto vulnera la autonomía de los estados integrantes de la federación, esto no obsta que sea una piedra angular dentro de la estrategia de seguridad del actual titular del poder Ejecutivo. Es cierto que esta nueva institución aún está en ciernes, pero su conformación, doctrina y cuadro de acción se encuentran ya delimitados, cuyo mando rector está constituido por militares que dan órdenes como jefes policiales, ello genera confusión en la sociedad; urge que se rediseñe el cuadro de mando y caer en una “policialización” de las fuerzas armadas.

La creación de la Guardia Nacional viró hacia una importante reforma constitucional al permitir disponer, al titular del poder Ejecutivo federal, durante los próximos cinco años – contados a partir del 26 de marzo de 2020- de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria en los términos del artículo 1º constitucional y de la Ley Nacional sobre el Uso de Fuerza; esto en razón del acuerdo publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de mayo de 2020.

Los retos puntuales en este tema prevén la posibilidad de analizar la viabilidad de réplica de todas aquellas acciones encaminadas a la paz y que haya una resolución de conflicto de manera alterna, cuya vinculación con la cultura de respeto de los derechos humanos sea una constante en los modelos de capacitación que, además, contengan el enfoque deferencial, integral y multidisciplinario, dirigido a los elementos de seguridad y determinar los límites de intervención entre las fuerzas castrenses y las corporaciones de seguridad siempre ha sido ambigua y poco clara. Si se centra el análisis en una desmilitarización efectiva de la seguridad pública y se migra a un modelo de corte civil bien estructurado, capacitado, respetuoso de sus derechos humanos laborales, profesionalizado y dotar de equipamiento necesario, el robustecimiento de la cultura de los derechos humanos se verá fortalecido.

V. Conclusiones

Los derechos humanos son los diques que dotan facultades y obligaciones a los agentes y autoridades, siempre y cuando aquellas no se encuentran fuera del marco legal y constitucional, y la acción de estas no vulnere las libertades fundamentales, esto encamina hacia el fortalecimiento del Estado de derecho y, por supuesto, a la cultura del respeto irrestricto de derechos humanos

Si bien es cierto que el reconocimiento de derechos humanos deviene de un proceso de alzamientos y desavenencias, tampoco se puede decir que ello representa solo el inicio para una verdadera consolidación no solo del reconocimiento, sino del respeto, vigencia, salvaguarda y progresividad de los derechos humanos. Y es que la vida jurídica se encuentra en constante proceso evolutivo, especialmente tratándose de los derechos humanos, cuya adecuación a la nueva realidad y nuevos fenómenos permiten el progreso del país en aras no solo de dimensionar sus propios alcances, sino de consolidar el paradigma a favor de la dignidad humana.

Esta reforma es el producto de los esfuerzos de la sociedad civil organizada, al concatenar con las voluntades de los tomadores de decisiones, con el fin de impeler una mejor relación entre el gobierno y la ciudadanía, que, en efecto, tras el telón de la reforma, hay por lo menos un par de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dirigidas a México, así como exigencias para la incorporación y vigencia de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, con el fin de establecer un enfoque pragmático de los derechos humanos y la tutela efectiva de la dignidad humana.

Si bien la persona y la dignidad humana son los ejes torales de la reforma a diez años de su puesta en marcha, los retos que aún se vislumbran son muchos y de gran calado, por lo que la redirección de los asuntos urgentes y el establecimiento desde una agenda prioritaria que contemple una prevención y erradicación de la violencia contra la mujer, la desmilitarización de la seguridad pública y de la determinación de medidas urgentes a largo plazo contra la desaparición de personas y la atención a víctimas de este delito; esto, consecuentemente, traería aparejado un apuntalamiento de dichos ejes en aras de también robustecer la cultura del respeto irrestricto de los derechos humanos.

Dentro de los ejes innovadores, resalta la importancia de la consolidación del derecho a un buen gobierno que dé buen tratamiento, erradicación y prevención a problemas tan arraigados como la impunidad, la rendición de cuentas imparcial, las crisis de violencia generalizada, que desata la omisión delictiva de la desaparición de personas, feminicidios, violencia de género, la sofisticación del crimen organizado y, por supuesto, la corrupción.

Los derechos humanos son un término muy amplio y trastocan diversas latitudes y numerosas cuestiones, pues, bajo su esquema, descansan los elementos más primigenios e importantes de la humanidad; a la voz de Luigi Ferrajoli (2010), señala que los derechos humanos son el corazón de las instituciones y de la democracia misma, por lo que cimientan las condiciones para un desarrollo integral de un país y del propio Estado de derecho.

VI. Referencias bibliográficas

- Animal Político (13 de julio de 2020). *En México hay más de 73 mil desaparecidos y más de 3 mil fosas clandestinas*. Obtenido de Animal Político: <https://www.animalpolitico.com/2020/07/mexico-73-mil-desaparecidos-fosas-clandestinas/>
- Cámara de Diputados (1812). *Constitución de Cádiz*. Obtenido de Cámara de Diputados: Cámara de Diputados
- Cámara de Diputados (1814). *Constitución de Apatzingán*. Obtenido de Cámara de Diputados: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const-apat.pdf
- Cámara de Diputados (1824). *Constitución de 1824*. Obtenido de Cámara de Diputados: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf
- Cámara de Diputados (1843). *Bases Orgánicas de 1843*. Obtenido de Cámara de Diputados: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/bases-1843.pdf
- Cámara de Diputados (05 de febrero de 1857). *Constitución Mexicana de 1857*. Obtenido de Cámara de Diputados: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf
- Cámara de Diputados (junio de 2011). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Obtenido de Cámara de Diputados: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>
- Cámara de Diputados (09 de enero de 2013). *Ley General de Víctimas*. Obtenido de Cámara de Diputados: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV_200521.pdf
- Cámara de Diputados (1847). *Acta Constitutiva y de Reformas de 1847*. Obtenido de Cámara de Diputados: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/reformas-1847.pdf
- CEDHJ (07 de julio de 2021). *Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos 2011 en México*. Obtenido de Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco: <http://cedhj.org.mx/iicadh/material%20de%20difusion/REFORMA%20DH%202011.pdf>
- CIDE (09 de julio de 2021). *Analizan aportaciones de las “Siete Leyes” de 1836 a la historia constitucional mexicana*. Obtenido de Centro de Investigación y Docencia Económicas A. C.: <https://www.cide.edu/blogs/investigaciones/analizan-aportaciones-de-las-siete-leyes-de-1836-a-la-historia-constitucional-mexicana/>
- CNDH (mayo de 2020). *La violencia contra las mujeres*. Obtenido de Comisión Nacional de Derechos Humanos: <https://igualdaddegenero.cndh.org.mx/Content/doc/Publicaciones/COVID-Mujeres.pdf>
- DOF (10 de junio de 2011). *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*. Obtenido de Diario Oficial de la Federación: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011
- Ferrajoli, L. (2006). Sobre los Derechos Fundamentales. (I. d. Jurídicas, Ed.) *Cuestiones Constitucionales*. *Revista Mexicana de Derechos Constitucional* (15), 357. doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2006.15>
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Foro Jurídico (18 de mayo de 2020). *La Guardia Nacional*. Obtenido de La Guardia Nacional: <https://forojuridico.mx/la-guardia-nacional/>
- Geiss, R. (2006). Las estructuras de los conflictos asimétricos. *International Review of the Red Cross*.

- Gobierno de México (01 de enero de 2021). *Constitución de Apatzingán*. Obtenido de Secretaría de la Defensa Nacional: <https://www.gob.mx/sedena/documentos/22-de-octubre-de-1814-promulgacion-de-la-constitucion-de-apatzingan>
- Hunt, L. (2009). *La invención de los derechos*. Barcelona: Tusquets.
- Kohn, R. (1997). How Democracies Control the Military. *Journal of Democracy*, 140-153.
- Martínez Bullé-Goyri, V. M. (2011). Reforma constitucional en materia de derechos humanos. *Boletín de Derecho Comparado. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 405-425.
- Naciones Unidas. (09 de Julio de 2021). *Violencia contra las mujeres*. Obtenido de Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <https://www.ohchr.org/sp/issues/women/wrgs/pages/vaw.aspx>
- OEA (noviembre de 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Obtenido de Organización de Estados Americanos: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Pérez Ricart, C. A. (2019). La temprana (y permanente) militarización de la seguridad pública en México: Estudio histórico. En M. Moloeznik, & I. Medina Núñez, *Contextualizaciones Latinoamericanas Proceso de Militarización de la Seguridad Pública en América Latina* (pág. 472). Guadalajara, Jalisco: Universidad de Guadalajara.
- Ramírez García, H. S., & Sánchez Barroso, J. A. (2012). La praxis de los derechos humanos en México a partir de la reforma constitucional de junio de 2011. *Cuestiones Constitucionales*, 214-249.
- Schiavello, A. (2019). *Repensar el Tiempo de los Derechos*. Puno, Perú: Zela.
- SCJN (29 de agosto de 2011). *Acuerdo General 9/2011 por el que se determina el inicio de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación*. Obtenido de Suprema Corte de Justicia de la Nación: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_generales/documento/2016-11/Acuerdo%20General%20Plenario%209-2011%20\(INICIO%20D%C3%89CIMA%20%C3%89POCA%20SJF\)_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_generales/documento/2016-11/Acuerdo%20General%20Plenario%209-2011%20(INICIO%20D%C3%89CIMA%20%C3%89POCA%20SJF)_0.pdf)

Capítulo VII

De Westfalia a la reforma constitucional de 2011: Una sucesión de eventos subversivos

Sumario: I. Introducción. II. El nacimiento del Estado. III. La constitución: Una idea subversiva para controlar al poder. IV. El sistema internacional de los derechos humanos: Una idea subversiva ante la soberanía del Estado. V. Los derechos humanos en México en el marco del Estado constitucional de derecho. VI. Referencias bibliográficas.

Guillermo Alejandro Gatt Corona²⁸

A Manu y Laru

The arrival of human rights on the international scene is, indeed, a remarkable event because it is a subversive theory destined to foster tension and conflict among States
(CASSESE Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 2ª Edición, Oxford, 2005, pág. 375)

Subvertir: Trastornar o alterar algo, especialmente el orden establecido
(Diccionario de la Lengua Española)

I. Introducción

Hoy resulta natural para muchos pensar²⁹ que los conceptos de “Estado” y “constitución” están unidos de una manera indisoluble. Eso es lo que nos ha tocado vivir. No obstante, aunque naturalmente depende de qué ha de entenderse por cada uno de esos dos términos y quién los defina, buscaré argüir en este artículo cómo (i) el Estado y la constitución no nacieron simultáneamente y si pueden estar disociados. (ii) La constitución fue, a finales del siglo XVIII, un evento subversivo para la idea del Estado. (iii) El sistema internacional de los derechos humanos fue (especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial) subversivo para la idea de la soberanía estatal, y (iv) la reforma constitucional en México en materia de derechos humanos de 2011 se enmarca como un desarrollo inherente y generalizado del Estado constitucional de derecho.

II. El nacimiento del “Estado”

Pueden encontrarse múltiples definiciones de Estado, pero, en general, las variaciones dependen de si se trata de acepciones *lato sensu* que consideran como tal a cualquier agrupación humana localizada en una región específica y que tienen una autoridad común o, al contrario, si se trata de un concepto considerado *stricto sensu*.

Para efectos de este trabajo, consideraré como Estado al modelo de organización jurídica y política propio de la Edad Moderna, esto es, ese al que Porrúa Pérez (2009) define como:

²⁸ Es licenciado en Derecho con mención honorífica por el ITESO, maestro en Derecho Internacional y Comparado por la Universidad de Notre Dame, campus Londres, Inglaterra, donde estudió como becario de la fundación Becas Magdalena Obregón Vda. de Brockmann, AC. y en la que obtuvo la mención *Summa Cum Laude*. Además, es doctor en Derecho con mención honorífica por la Universidad Panamericana, campus Ciudad de México.

²⁹ Mi agradecimiento a la maestra Melina Beas, Mtro. Manuel Tovar, Alejandro Casillas, Celeste Ibarra de la Torre y Lorea Urtuzuástegui por su revisión e interesantes sugerencias a este documento.

Una sociedad humana establecida en el territorio que le corresponde, estructurada y regida por un orden jurídico, que es creado, definido y aplicado por un poder soberano, para obtener el bien público temporal, formando una institución con personalidad moral y jurídica (pág. 27).

En palabras de Diego Robles Farías (2021), la Edad Moderna se consolida con el discurso del método de Descartes en 1637.

La época Moderna... buscaba desesperadamente un fundamento en el que pudiera basar su pensamiento y que no fuera susceptible de duda alguna. Buscaba ideas claras y distintas que no estuvieran sujetas al error, como tantas verdades que estaban cayendo en esa época. Creyó encontrar esa seguridad en su famosa frase *cogito ergo sum*, pienso luego existo, y sobre la misma construyó toda su filosofía que sirvió de fundamento para el establecimiento del método científico (pág. 26).

Para efectos de esta investigación, no ha de confundirse el “Estado” con el feudo medieval, con la *civitas* romana o con la *polis* en la Hélade (Touchard, 1994, p. 25).³⁰ La gran diferencia está sustentada en el atributo de la soberanía. Este “ingrediente específico de soberanía” (Porrúa, 1954, p. 83) dio, a partir del siglo XVI (aunque hay indicios de ello quizá desde el siglo XIV en algunos sitios), a las distintas comunidades políticas un carácter unitario que no existía previamente y tuvo como resultado la transformación de una Europa teocéntrica, poliárquica y feudal, en una antropocéntrica, de poder concentrado y claramente organizada en Estados.

Mientras que el consenso sugiere que el paso de la prehistoria a la Edad Antigua se da con la aparición de la escritura, y que la transición de la Edad Antigua a la Edad Media se consolida en la caída del Imperio romano de Occidente (476), resulta mucho más complejo definir cuándo se da el cambio de la Edad Media a la Edad Moderna (Robles, 2011, p. 25).³¹

Me atrevo a sugerir que este proceso ocurrió en un largo período que se da desde la caída del Imperio romano de Oriente (1453) y concluye en 1648 con la terminación de la guerra de los Treinta Años a través de la Paz de Westfalia. De ser esto correcto, ese período tendría como sus componentes, entre otros, el descubrimiento de América, la Reforma religiosa (o “las Reformas” si se piensa en la enorme diversidad entre las propuestas de Calvino, Lutero, Zwinglio, Enrique VIII y otros) del Siglo XVI, (Bellamy, 2006, pp. 9-10).³² la Reforma católica

³⁰ “La vida política de los griegos y –podría decirse de la antigüedad clásica- está enteramente condicionada por la existencia de la ciudad, la polis, que desempeña en el universo político de los griegos, la misma función que nuestros Estados Modernos, pero difiriendo profundamente de ellos...La Ciudad es una unidad política, no reducible a una aglomeración urbana; es la organización política y social unitaria de un territorio limitado que puede comprender una o varias ciudades, así como la extensión de campo que de ellas depende”.

³¹ “Vattimo establece cuatro épocas de la humanidad desde el punto de vista filosófico: la edad Clásica (600 a.C. a 400 d.C.), la Medieval, que va desde la caída de Roma a manos de los Godos en el 476 d.C. hasta la caída de Constantinopla en el Imperio Romano de Oriente o Imperio Bizantino en 1453, la Moderna que inicia en 1637 con la publicación del Discurso del Método de René Descartes y se mantiene prácticamente durante todo el siglo XIX y mediados del XX y finalmente la época en que nos encontramos que ha sido denominada Postmoderna”.

³² “The sixteenth century was an important period... The decline of medieval governance structures, rise of a new technology, discovery of the Americas, emergence of sovereign states and development of new methodologies that challenged scholasticism and introduced secularism contributed to a more open intellectual climate. Three medieval traditions went into decline, two of them permanently: the use of artillery eroded the distinctiveness of the knightly class and in turn the impact of chivalry on the conduct of war: the Christian reformation and bifurcation of the western Church into Catholic and Protestant reduced canon law’s jurisdiction; and the loss of the holy lands to the Turks in the fourteenth century temporarily reduced the fervor of holy war. In their place, the so-called ‘Spanish school’ refined scholasticism, as Francisco de Vitoria developed an almost complete neo-scholastic account of the Just War”.

(Belda, 2019, pp. 333-347)³³ desarrollada con el impulso de personajes como Pedro de Villacreces, fray Jiménez de Cisneros, san Ignacio de Loyola, Melchor Cano, Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, san Juan de la Cruz y santa Teresa de Jesús, y consolidada, entre otros momentos, en el Concilio de Trento, la aparición de la imprenta, la solidificación de idiomas nacionales a través de esfuerzos de homogeneización (como la gramática de Antonio de Nebrija) (Brown, 1934, p. 19)³⁴ y el surgimiento de descubrimientos científicos y tecnológicos que harían que la humanidad se cuestionara, investigara, viajara e inventara como nunca antes.

En esa crisis histórica que afectaba a la política lo mismo que a la religión, a las ciencias como a las artes y a la vida toda, sonaban ya los nombres de los personajes por cuyas manos se iba operando la transformación. *Martín Lutero, Calvino, Enrique VIII*, por no citar más que a los principales novadores insurrectos contra la Iglesia tradicional y católica; *Erasmus*,... representante de todo el movimiento renacentista y humanístico, *Ignacio de Loyola*, que acababa de entregarse a Cristo, dejando a los ejércitos de Carlos V...; *Copérnico*, que soñaba ya en su concepción heliocéntrica del Universo; *Maquiavelo*, ...; y... todavía le quedaban a *Miguel Ángel* años y fuerzas creadora para diseñar la cúpula de S. Pedro y decorar la Capilla Sixtina con los frescos del Juicio final (Villoslada, 1938, pág. 355).

Los autores de esta época de transición (como el caso del dominico Francisco de Vitoria, que analizó durante la primera mitad del siglo XVI la teoría de la guerra justa), no utilizan el término “Estado”, sino otra variedad de vocablos, como “*Respublica, civitas, communitas*”; más raramente aparecerá el término *regnum*”.³⁵

No obstante, dichos autores utilizan usualmente todos estos conceptos para referirse a una colectividad o grupo de seres humanos unidos en una comunidad natural y dotados de ciertos atributos que la constituyen en una comunidad política perfecta (González, 2007, pág. 69).³⁶

Una persona que vivía antes de 1456 era medieval, en tanto que quienes vivieron después de 1648 eran modernos. Aquellos que vivieron en ese período de transición, lo hicieron *à califourchon*, combinando elementos de uno y de otro, y experimentaban en el curso de su vida el cambio radical del mundo feudal a aquel que se organiza a través de Estados.

³³ En muchos textos se hace referencia a este proceso como la “Contrarreforma”. En un interesante artículo, Juan Belda Plans señala lo siguiente “Durante algún tiempo prevaleció la opinión que señalaba dos Reformas: la “Reforma” (luterana o protestante) y la “Contrarreforma” (católica) da a entender que la Reforma católica había sido una consecuencia de la Reforma protestante, y que habría empezado solamente después del Concilio de Trento. Esta idea ha sido desmentida por la moderna historiografía, la cual ha demostrado de manera fehaciente que el movimiento de reforma en la Iglesia católica había empezado antes, si bien se abrió paso lentamente a lo largo de la Baja Edad Media hasta culminar en la gran Reforma católica tridentina”.

³⁴ “A grammar of the Spanish language was issued, with the result that one Christopher Columbus, sailing westward on his voyage of discovery, bore Castilian to America with him, where it was destined not only to survive him, but, indeed, to outlast the Imperial Domain of Spain in the New World, preserving a spiritual hegemony after the loss of its territorial possessions”.

³⁵ Algunos autores critican de manera fortísima el uso del término “Estado” al referirse a las elecciones de Vitoria. Por ejemplo, Cordero Pando, al referirse a Naszalyi, señala cómo “Por eso sería una traducción del todo inadecuada, e incluso falsificadora del pensamiento de Vitoria, el colocar en el lugar de “república” el término *Estado*, como hizo, por ejemplo, Naszalyi Emilio, O.C., *El Estado según Francisco de Vitoria*, Traducción y Prólogo del R.P. Ignacio G. Menéndez Reigada, O.P., Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1948.”

En primer lugar, es anacrónica, ya que, cuando Vitoria habla, aún no se ha consolidado la noción de Estado, que iba a suplantarse la propia idea de república o comunidad política”. Cordero Pando Jesús, *Corpus Hispanorum de Pace*, Segunda Serie, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2008, 338-339.

³⁶ “En los tiempos modernos Nicolás Maquiavelo (1469-1527) introdujo el concepto de república como oposición al de monarquía, es decir, apartándose del modelo clásico estableció una clasificación bipartidista de las formas de gobierno”.

La Paz de Westfalia, suscrita en Münster y Osnabrück en 1648, constituye un cambio de paradigma. Poner fin a la guerra de Treinta Años no solo significó regresar a una situación generalizada de paz, sino, además, consolidar un sistema donde los distintos Estados sin cuestionar las ideas religiosas del otro reconocían en el Estado vecino el atributo de la soberanía entendida en aquel momento, de manera absoluta, sin límites internos (ni siquiera los derechos humanos de los propios habitantes), en manos del monarca (Kissinger, 2014, pág. 3).³⁷

Aunque quizá no fuera la intención de quienes negociaron en Westfalia, el resultado claramente fue que el mundo (inicialmente en Occidente y luego prácticamente en todo el mundo) comenzó a razonar, dialogar y negociar en términos de los “principios westfalianos” de independencia nacional, soberanía estatal, interés nacional, no intervención (Kissinger, 2014, pág. 6).³⁸ Esto no solo significó que el concepto de soberanía fuera el sustento del nuevo modelo de organización jurídica y política, sino que con base en él se desarrollara el derecho internacional público como lo conocemos actualmente, a pesar de que, con el tiempo, han adquirido mucha mayor presencia (especialmente a partir de 1945) sujetos internacionales distintos a los Estados.³⁹

La “herencia” de aquellas negociaciones sigue presente incluso en temas formales como el referirse a los embajadores como “excelencia” y a todos los distintos monarcas como “majestad”.

La soberanía es entonces el atributo característico del Estado. Es esa misma soberanía la que les permite suscribir tratados internacionales mediante los cuales, los sujetos internacionales pueden voluntariamente obligarse y, por lo tanto, limitar el ejercicio de ciertas conductas (Endicott, 2013, págs. 258-259).⁴⁰

A partir de entonces, en mi opinión, el Estado ha evolucionado en cuando menos tres etapas claramente distinguibles: (i) la del Estado absoluto, desde el siglo XVI (o antes) y hasta 1789, (ii) el Estado de derecho desde la Revolución francesa y la entrada en vigor de la Constitución de los Estados Unidos y hasta la conclusión de la Segunda Guerra Mundial en 1945 y (iii) el Estado constitucional de derecho a partir de ese momento y hasta la actualidad.

A pesar de las transformaciones que el Estado ha sufrido, tiene como fin lícito único la consecución del bien común, se entiende por este la realización duradera “de aquellas condiciones exteriores necesarias al conjunto de los ciudadanos, para el desarrollo de sus cualidades, de sus funciones, de su vida material, intelectual y religiosa” (Villoro, 2018, pág. 222). Ello sólo puede ocurrir ahí donde es factible que la persona tenga condiciones para realizar

³⁷ “What passes for order in our time was devised in Western Europe nearly four centuries ago, at a peace conference in the German region of Westphalia, conducted without the involvement or even the awareness of most other continents or civilizations. A century of sectarian conflict and political upheaval across Central Europe had culminated in the Thirty Years’ War of 1618-48 – a conflagration in which political and religious disputes commingled, combatants resorted to ‘total war’ against population centers, and nearly a quarter of the population of Central Europe died from combat, disease, or starvation.”

³⁸ “The Westphalian system spread around the world as the framework for a state-based international order spanning multiple civilizations and regions because, as the European nations expanded, they carried the blueprint of their international order with them. While they often neglected to apply concepts of sovereignty to the colonies and colonized peoples, when these peoples began to demand their independence, they did so in the name of Westphalian concepts.”

³⁹ Para estudiar el tema de sujetos internacionales se recomienda la lectura de Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho Internacional Público*, Oxford University Press, 4ª Edición, México, 2015, capítulo 4, 61-86 y Shaw Malcolm, *International Law*, Cambridge University Press, 8ª Edición, Cambridge, 2017, capítulo 5, 155-209.

⁴⁰ “Sovereignty... is at least potentially compatible with the authority of international law. What counts as sovereignty, and also whether states ought to be sovereign, depends on the nature and structure of the international order, and on the behaviour of states... International law may encroach on state sovereignty either legitimately... or illegitimately. And acts of interference with sovereignty by another state may be legitimate or illegitimate, depending on whether they are compatible with respect for the value that sovereignty should have... The rule that treaties are binding enhances sovereignty; rules of international law in general do not necessarily enhance or detract from sovereignty”.

plenamente los bienes humanos básicos señalados por Finnis, (2011, págs. 86-89),⁴¹ o las “capacidades centrales humanas” a las que se refiere Nussbaum (2019, págs. 240-243).⁴²

No obstante, el Estado que surgió inicialmente, y que ponía el poder absoluto en manos del monarca, carecía de constitución. Ello no significa que no hubiera en los Estados absolutos una ley suprema, o que no hubiera una norma que organizara a los órganos de poder. Lo que ello traía consigo era que no existía en esa norma suprema un mecanismo eficiente para controlar al poder. Las normas existían, pero estaban supeditadas y diseñadas para servir al monarca. De ahí que se le atribuya a Luis XIV una frase que quizá jamás pronunció pero que evidenciaba el modelo de control del poder de la época *L'État, c'est moi* (“El Estado, soy yo”) (Borel, 2018)⁴³.

¿Derechos humanos reconocidos en una norma superior con instrumentos eficaces para exigirlos, protegerlos y evitar su violación?, ¿Separación de poderes? Resultarían absurdos en un esquema en el que, según Hobbes, lo importante era concentrar al poder para que el monarca, sin rendir cuentas a nadie, dirigiera al Estado. Eso cambiaría en el Estado de derecho, pero para eso Descartes tendría que influir en los ilustrados y tendrían que desarrollarse las ideas de Diderot, Voltaire, Locke, Montesquieu y Rousseau, entre otros.

Mientras las leyes positivas son para los súbditos mandatos que deben ser obedecidos absolutamente, las leyes naturales son para el soberano solamente reglas de prudencia que le sugieren comportarse de cierta forma si quiere alcanzar un fin determinado, pero no le imponen necesariamente una conducta en lugar de otra (BOBBIO Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, Fondo de Cultura Económica, Política y Derecho, México, 2010, pág. 96).

III. La constitución: Una Idea subversiva para controlar al poder

El Estado, pensado entonces en sentido estricto, nació en algún momento durante el siglo XVI (o quizá antes en algunos lugares) y se consolidó en la Paz de Westfalia, en su primer gran modalidad: la del Estado absoluto, donde el monarca reunía en sí el poder total soberano sin estar sujeto a las normas creadas por él o por otros órganos gubernamentales. “Los Estados nacionales surgen en Europa en torno a lo que hoy llamamos el Poder Ejecutivo, y una de sus características consistirá en esa capacidad monopólica para establecer el derecho que regirá en su espacio” (Vigo, 2016, págs. 28-29).

El Estado nació de manera consistente con las ideas de Hobbes, caracterizado por una concentración absoluta de poder en el Leviatán, creado para otorgar seguridad a las personas que, de otra manera, permanecerían en el estado de naturaleza. El argumento que legitimaba esta clase de organización consistía en que el costo que asume cualquier persona razonable de generar una sociedad civil, poniéndose bajo un sistema de leyes obligatorio y ejecutable, es

⁴¹ “What, then, are the basic forms of good for us? A. Life..., B. Knowledge..., C. Play..., D. Aesthetic experience..., E. Sociability (friendship)..., F. ‘Religion’...”

⁴² “The right question to ask is, “What are you able to do and be, in areas of importance in your life?”, and the answer to that question is the account of that person’s “capabilities” ... I have proposed a list of ten capabilities that must be secured up to a minimum threshold level, if a nation is to have any claim to justice: ... 1. Life..., 2. Bodily Health..., 3. Bodily Integrity..., 4. Senses, Imagination, and Thought..., 5. Emotions..., 6. Practical Reason..., 7. Affiliation..., 8. Other Species..., 9. Play..., 10. Control Over One’s Environment.”

⁴³ “C’est au Roi-Soleil, Louis XIV que l’on attribue la célèbre formule ‘l’État c’est moi’. Le monarque l’aurait prononcé en 1655 devant les parlementaires parisiens qui contestaient ses édits. N’apparaissant dans aucun registre officiel, les historiens en voient une affirmation de son intention de ne pas partager le pouvoir. Si l’on peut lire dans ‘l’État c’est moi’ l’expression de la personnalisation du pouvoir, ces mots rappellent aussi la primauté du souverain dans un contexte de défiance avec le Parlement”.

mucho menor que permanecer sujeto a la anarquía, violencia y falta de seguridades previas (Brown et al., 2014, pág. 317).⁴⁴

Ante los argumentos que buscarían limitar el poder del monarca o separar los poderes Hobbes señalaba:

hay una sexta doctrina, llanamente y directamente contra la esencia de una república; y es ésta, que el poder soberano puede ser dividido. Pues qué es dividir el poder de una república, sino disolverlo; pues los poderes divididos mutuamente se destruyen el uno al otro (Hobbes, 1651, citado en Pereira, 2005, pág. 111).

Resulta claro cómo “para Hobbes, el poder soberano es absoluto; si no lo es, no es soberano” (Bobbio, 2014, pág. 95).

El Estado absoluto así dio vigencia a un nuevo modelo de organización jurídica y política que fortalecería la posibilidad de construir el derecho internacional público. El monarca tenía absoluta discreción en cómo regular la vida interna de su país y no estaba sujeto de ninguna manera a controles en el poder, a limitaciones en su ejercicio, ni a sistemas jurídicos de pesos y contrapesos (aunque podrían existir algunos en la realidad del ejercicio del poder).

Este predominio del poder Ejecutivo con atribuciones ilimitadas se vería transformado al final del siglo XVIII cuando eventos significativos, como la Constitución de los Estados Unidos de América (1787, que entraría en vigor en 1789 y sería consolidada con su *Bill of Rights* en 1791) y la Revolución francesa de 1789, hicieron que el Estado absoluto fuera sustituido con el Estado de derecho (también llamado Estado legal de Derecho), ello trajo consigo no solo el surgimiento de las constituciones (entendidas en sentido estricto), también la consecuente limitación del monarca que, a partir de entonces, estaría sujeto a la norma y el sistema de pesos y contrapesos con otros poderes. En el Estado de derecho, segunda gran modalidad del Estado, se privilegia en un espíritu liberal e ilustrado, al poder Legislativo que, particularmente en los países del sistema romano, crea las normas para ser aplicadas por los tribunales.

Puede advertirse que, en las distintas acepciones de constitución, hay algunas más amplias que otras. Algunas de estas son tan grandes como para referirse a cualquier legislación suprema que hubiera regido sobre una comunidad. La constitución *lato sensu* incluiría la norma suprema que organiza el poder en cualquier lugar y momento. En este supuesto, tendría la constitución, por ejemplo, un grupo nómada matriarcal, que tiene por norma suprema las disposiciones consuetudinarias que reconoce como tales la matriarca. En ese caso, se podría hablar de la constitución griega o romana, o de la constitución medieval, incluido el hecho de que “la forma de gobierno buscada no presupone por ello ninguna ‘soberanía’, y menos aún un ‘Estado’, se refiere simplemente a un *sistema de organización y de control* de los diversos componentes de la sociedad históricamente dada” (Fioravanti, 2011, pág. 17).

Por otra parte, como lo señala Lasalle, se podría entender por constitución al pacto jurado entre el rey y el pueblo, que establece los principios básicos de la legislación y del gobierno dentro de un país o, contrariamente, en los sistemas republicanos, sería la ley fundamental proclamada dentro de un territorio, donde se sientan las bases del derecho público de esa nación (Lasalle, 2017, págs. 40-41).

No obstante, la constitución no es cualquier ley suprema. Pereira es contundente en esta visión liberal del término al definirlo:

⁴⁴ “Hobbes uses these prudential maxims to generate civil society: rational persons, he argues, will put themselves under a system of authoritative and enforceable civil law. But the resulting states system is, paradoxically, still a state of nature. Whether sovereigns, too, might profit by establishing a world state depends on circumstances.”

Una Constitución en sentido material es una limitación del poder, llevada a cabo por medio del Derecho y afirmando una esfera de derechos y libertades en favor de los ciudadanos. En sentido formal, es el documento legal que recoge todo lo dicho, pero al que no se le puede atribuir valor más que si se observa en la realidad, puesto que tener una espléndida constitución (en sentido formal) está al alcance de cualquiera. Por ello, este sentido formal importa, pero no demasiado (Pereira, 2005, págs. 8-9).

A finales del siglo XVIII, no solo no parecía indispensable la unión entre Estado y constitución, sino que esta debía ser “arrebataada” al poder, porque su propósito era justamente limitarlo y establecerle controles claros en la separación de poderes y en el reconocimiento de derechos humanos que debían ser garantizados por el Estado. “El constitucionalismo es la doctrina, invento de los ingleses, que no pretendía otra cosa que limitar al poder a través del derecho” (Vázquez, 2021, citado por Ramírez et al., 2021, pág. 46). No basta que haya una norma suprema para que exista constitución, sino que es indispensable que los conflictos políticos se solucionen por tribunales imparciales que resuelvan según normas justas preestablecidas; ahí donde el pacto “marca la frontera del poder del gobierno con los derechos de los ciudadanos” (Pereira, 2005, pág.9).

La constitución *stricto sensu* es justamente esta la que, conforme al liberalismo, requiere controlar al poder para evitar que se haga realidad el epígrafe de Lord Acton (2013) “El poder tiende a corromper y el poder absoluto, tiende a corromper, absolutamente” (pág. XLVIII).⁴⁵ Esto se hace a través de dos requisitos indispensables, la división de poderes y el reconocimiento de derechos humanos (y herramientas jurídicas que posibiliten su ejercicio y respeto) y uno último que, es solo deseable, es un eficiente régimen democrático⁴⁶.

Peter Häberle (2002) señala que:

La Constitución tiene funciones muy determinadas: no sólo limita y controla el poder (por medio del tercer poder) sino que también lo funda y lo legitima (a través de elecciones). Ella constituye procedimientos para la resolución de conflictos (como en el Parlamento), organiza competencias e instituciones para la identificación y para la concreción de determinadas tareas (pág. 54).

A partir del establecimiento del Estado de derecho, con su régimen constitucional, el monarca estará sujeto a la norma, al equilibrio de poderes mediante el esquema de pesos y contrapesos y deberá gobernar reconociendo y salvaguardando los derechos humanos. La constitución le fue impuesta al gobernante, como una teoría considerada en su momento como subversiva, para limitar su actuación en el ejercicio del poder. En el Estado de derecho, cada Estado tiene la atribución exclusiva (Lauren, 2015, pág. 190)⁴⁷ de proteger los derechos humanos de sus nacionales (Buergenthal, 2017, págs. 2-3).⁴⁸

⁴⁵ La expresión completa señala: “Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely”.

⁴⁶ Lo cual implicaría no solo votar y que los votos se cuenten adecuadamente, sino educarnos (como sociedad) en el valor del voto y cómo prepararnos para votar.

⁴⁷ “Virtually all governments regarded how they treated those under their control as a matter exclusively within their own sovereign, domestic jurisdiction. In these settings, advocacy for justice and rights was more often than not regarded and synonymous with subversion and thus as something that could be expected to provoke determined resistance”.

⁴⁸ “The traditional theories about the nature of international law compelled the conclusion that the manner in which a state treated its own nationals was not regulated by international law because it did not affect the rights of other states. The entire subject-matter was deemed to fall within the exclusive domestic jurisdiction of each state, barring other states from interceding or intervening on behalf of the nationals of any state which maltreated them”.

No solo la institución estatal se ha extendido a todo el mundo, sino que los estados han tenido que ir ampliando su ámbito regulatorio, con independencia del nivel que ocupan en la escala del desarrollo, para responder de manera convergente a las demandas y expectativas de la sociedad mundial en los campos más diversos de la política, como la educación, la salud, la ciencia y la tecnología, la igualdad de género, pero también la Constitución y el orden jurídico (Fix et al., 2018, pág. 222).

Con ello, se consolida el Estado de derecho, donde, como lo señala Hugo Ramírez:

... se caracteriza por legitimar la coordinación autoritativa de las conductas al interior de una sociedad; es decir, gracias a esta práctica la potestad de limitar las opciones de comportamiento se encuentra controlada mediante el principio de legalidad. Por su parte, la práctica de los derechos humanos se distingue por concretar la protección de los intereses fundamentales de los seres humanos a partir de una matriz de racionalidad según la cual tal protección de los intereses y bienes de cada ser humano, sin excepción, debe ser la máxima posible; incluso cuando se enfrentan con objetivos colectivos” (2021, pág. 212).

La evolución llevó a que el Estado de derecho fuera el modelo predominante durante cerca de doscientos años, desde finales del siglo XVIII y hasta mediados del siglo XX, periodo en que los Estados tuvieron prácticamente el monopolio como únicos sujetos del derecho internacional público. No obstante, la Segunda Guerra Mundial transformó esta realidad.

IV. El Sistema Internacional de los Derechos Humanos: Una Idea Subversiva ante la Soberanía del Estado

Hasta 1945 había poquísimos tratados internacionales celebrados en materia de derechos humanos. El motivo era clarísimo. La protección de los derechos de las personas recaía exclusivamente en cada uno de los Estados que, con carácter soberano, podían decidir cómo regular dichos derechos y cómo ejecutar las leyes que cada Estado (con su propio sistema de pesos y contrapesos propio del Estado de derecho) aceptaba como propias, según su propio contexto constitucional.

Sin duda, hay algunos temas en los que ya había antecedentes relevantes, destacan entre estos los derechos de minorías, responsabilidad estatal por daños a extranjeros, y derecho internacional humanitario (ese que entra en vigor cuando se desata una confrontación bélica), principalmente. No obstante, en general, era considerado inadecuado que un Estado u otro sujeto internacional buscara interceder o intervenir en la situación de violación de derechos humanos al interior de otro país (Buergethal et al., 2017, págs. 2-3)⁴⁹.

Al concluir la Segunda Guerra Mundial, muchos paradigmas se vieron cuestionados y transformados. Uno muy claro fue el relativo a la soberanía estatal. Hasta entonces, el concepto de “soberanía” era el trazado en Westfalia, en 1648, que otorgaba un poder absoluto e incuestionable al “monarca” (o cualquier clase de jefe de gobierno) de cualquier Estado para realizar lo que fuera sin rendir cuentas.

Eso no podía continuar así después de las atrocidades vividas en esa guerra, evidenciadas no solo por el terrible Holocausto que sufrieron judíos, gitanos y otras comunidades a manos de los nazis (que es por supuesto el más grave por su magnitud, crueldad e implicaciones), sino también las vividas en muchos otros sitios (como la masacre de Katyn, el bombardeo de Dresde (Bassiouni, 2009, pág. 135)⁵⁰ y la esclavitud sexual de mujeres coreanas

⁴⁹ “The entire subject matter was deemed to fall within the exclusive domestic jurisdiction of each state, barring other states from interceding or intervening on behalf of the nationals of any state which maltreated them”.

⁵⁰ Hay algunos eventos ocurridos en la Segunda Guerra Mundial, además del genocidio cometido por los nazis, que llaman particularmente la atención y que no suelen ser tan conocidos. En esta nota y las siguientes señalo algunos ejemplos: (i) “There is the case involving the senior commanders of the

por Japón) (p. 137).⁵¹ Resultó apenas natural volver a cuestionar si el concepto de soberanía que se había establecido en Westfalia, con atributos absolutos, seguía siendo el idóneo. Parecía que no y que los límites a esta soberanía tenían que ser razonablemente reconocidos por la comunidad internacional.

Las guerras mundiales pusieron al desnudo que era peligroso y hasta ingenuo, dejar sólo en manos de las jurisdicciones nacionales el respeto efectivo de los derechos humanos, por eso, ya al finalizar la primera guerra se inicia un proceso de internacionalización de los mismos. Junto al esfuerzo que suponía cada derecho constitucional nacional, aparece el derecho internacional público bregando en la misma orientación protectora de aquellos derechos (VIGO Rodolfo-Luis, *De la Ley al Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 143).

La pregunta era novedosa y no había sido cuestionada de manera relevante en casi dos siglos: ¿Era factible que otros sujetos internacionales pudieran intervenir lícitamente en un Estado, limitando su soberanía? ¿En qué casos? La respuesta no estaba clara, porque siempre cabe la posibilidad de que los argumentos para hacerlo no sean transparentes, sino pretextos argüidos con sofismas, con el ánimo de intervenir.

La primera respuesta clara a cuáles tendrían que ser esos límites razonables a la soberanía, la da el texto de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas que prohíbe que los Estados puedan (i) agredir, (ii) poner en peligro la paz y seguridad internacionales y (iii) conforme al desarrollo en la interpretación de la carta, violar de manera grave y sistemática los derechos humanos (*Responsibility to Protect*) (Bellamy, 2006, pág. 2)⁵². Si un Estado realiza alguno de estos actos, entonces, la comunidad internacional puede, de manera multilateral, por resolución del Consejo de Seguridad, intervenir.

Aunque no siempre funciona adecuadamente, en virtud del *real politik*, en donde los factores señalados se ven matizados por intereses económicos, políticos y militares, resulta relevante advertir que la Carta de la ONU (suscrita cuando todavía no terminaba la Segunda Guerra Mundial en el Pacífico) hace referencia expresa a la prohibición de la guerra en las relaciones internacionales, estableció tan sólo un par de excepciones en el artículo 42 (Evans, 2019, págs. 15-16)⁵³

Fuera de la legítima defensa prevista por el artículo 51 de la Carta de San Francisco, el monopolio de la fuerza se instituye en el Consejo de Seguridad, que desafortunadamente tiene una composición intrínsecamente injusta⁵⁴ y que, si bien, en algunos casos, permite que se actúe de manera razonable y sensata, en otras, fomenta la impunidad.

Wehrmacht who were charged with the killing of some 15,000 Polish officers and soldiers in the Katyn forest. This was an absolute falsification by the Soviet Prosecutor since it was the Red Army that committed the mass murder. The other three Allied prosecutors representing the US, France and Great Britain had to know of this falsification, or could have at least inquired more of that charge, but they did not press the Soviet prosecutor probably for political reasons”.

⁵¹ (iii) “To date, the government of Japan refuses to acknowledge its responsibility for the crimes committed by its troops in China, Korea and the Philippines. Moreover, that government refuses to acknowledge responsibility for what is euphemistically called the Korean ‘comfort women’ – some 300,000 women forcefully taken from Korea and held in brothels in sexual bondage for the benefit of Japanese forces”.

⁵² “R2P is a disarmingly simple idea. It holds that sovereign states have a responsibility to protect their own populations from four crimes that indisputably ‘shock the conscience of humankind’: genocide, war crimes, ethnic cleansing, and crimes against humanity. It requires that the UN’s Member States assist each other to fulfill their responsibility, because some states lack the physical capacity and legitimacy needed to protect their populations from these crimes”.

⁵³ “Should the Security Council consider the measures provided for in Article 41 would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstration, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of the Members of the United Nations”.

⁵⁴ Estados Unidos de América, la Federación Rusa, China, el Reino Unido y Francia, son miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU. Cada uno de ellos tiene el derecho de vetar las

Esta nueva realidad que redefine y limita la soberanía coincide también con la transformación del modelo para llegar al Estado constitucional de derecho, donde la constitución de cada país toma con vigor una vida jurídica (a diferencia del período anterior, donde esta era una lejana manifestación de principios políticos) para esgrimirse y argüirse de manera cotidiana en litigios y en el que el poder Judicial adquiere una nueva posición de auténtico intérprete de la norma.

La diferencia entre Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho no sólo radica en la fuerza del instrumento en que ambos basan su ejercicio, la ley o la Constitución, sino en la manera en que el gobierno reconoce y preserva los derechos de sus habitantes y en la forma de ejercer sus facultades (Carpizo, 2015, pág. 33).

Algunos doctrinistas han señalado que esto indicaría el paso de la modernidad a la postmodernidad,⁵⁵ donde el reflejo en materia jurisdiccional es claro en todo el mundo, al tener como casos particularmente significativos en esta transformación los Juicios de Nuremberg después de la Segunda Guerra Mundial y el de los guardianes del muro de Berlín al darse la reunificación alemana en 1990, donde se denota cómo:

Los tribunales vuelven a fundar sus decisiones en principios de derecho, en la búsqueda de la justicia y no en frías leyes frecuentemente con contenido insoportablemente injusto. Por su parte, es fundamental la figura del filósofo Gustav Radbruch y su fórmula sobre la injusticia extrema, pues es el primer filósofo que tras la decadencia de la filosofía del derecho – hecha a un lado por la doctrina *avalorativa* y de *neutralidad ética* del cientificismo positivista de la edad moderna – introduce de nuevo la reflexión filosófica al ámbito jurídico, los contenidos de valor del derecho, recupera el derecho natural y fortalece los derechos humanos (Robles, 2021, pág. 41).

Este nuevo período trajo consigo muchas modificaciones, incluida una nueva concepción del Estado como constitucional de derecho que se caracteriza por una primacía inusitada hasta entonces para el poder Judicial, el establecimiento de límites a la soberanía estatal y el surgimiento formal del sistema internacional de los derechos humanos (Buergethal, 2017, pág. 31)⁵⁶.

La edad Postmoderna que se caracteriza por ser la edad de la interpretación, en el sentido de la necesidad de reinterpretar el conocimiento, dada la desconfianza en los grandes sistemas del pasado – ya fueran religiosos, científicos, políticos, etc.- que ofrecían verdades objetivas con validez universal... Lo que caracteriza... a la edad postmoderna es la tolerancia a todas las perspectivas humanas, sin renunciar a mirar lo trascendente. Se trata de no imponer ideología alguna, de abrirse al diálogo con todos los puntos de vista, reconociendo en ello la diversidad. La libertad esencial que caracteriza a los seres humanos (Robles, 2017, pág. 27).

resoluciones de dicho Consejo que es el órgano ejecutivo y con capacidad para ejercer poder coercitivo en el seno de la ONU. Así, todos ellos (y en la práctica, sus socios más cercanos) están enmarcados por un ámbito de impunidad. No pueden ser sancionados por este organismo multilateral. Así, la actuación de la ONU será en aquellos casos que a éstos conciernen, limitada y de alguna manera, parcial.

⁵⁵ Para un análisis profundo sobre este tema ver Ballesteros, Jesús, *Postmodernidad: Decadencia o Resistencia*, Tirant lo Blanch, 2018.

⁵⁶ “Modern international human rights is largely a post-World War II phenomenon. Its development can be attributed to the monstrous violations of human rights committed during the Nazi era and to the belief that these violations and possibly the war itself might have been prevented had an effective international system for the protection of human rights existed in the days of the League of Nations”.

Existen antecedentes relevantes mucho más antiguos en materia de derechos humanos en el ámbito internacional, dado que tiene sólida construcción en múltiples instrumentos previos, como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en Francia, en 1789, o el *Bill of Rights* en los Estados Unidos, de 1791. No obstante, la construcción de un sistema internacional de los derechos humanos surge apenas después de la Segunda Guerra Mundial⁵⁷.

Como sistema internacional:

los derechos humanos... son un fenómeno contemporáneo de la segunda mitad del siglo XX que surge más allá de los debates sobre la justificación de los derechos que se sostuvieron entre el jusnaturalismo (racionalista) y el ferviente positivismo formalista. Surge como una reacción práctica – incluso pragmática – de limitación al poder por encima o alejado de las disquisiciones teóricas sobre el origen trascendental de los derechos. Aparece en ese momento el principio de universalidad de los derechos humanos, plasmados en los instrumentos internacionales, como la mejor expresión de una futura salvaguarda de los abusos del Estado de Derecho frente a los individuos (SEPÚLVEDA IGUINIZ, Ricardo J., *El Reconocimiento de los Derechos Humanos y la Supremacía de la Constitución* en DEL ROSARIO RODRÍGUEZ Marcos (Coordinador), *Supremacía Constitucional*, Porrúa, Universidad Panamericana, México, 2009, págs. 199-20).

El sistema internacional de los derechos humanos surge con fuerza a partir de la Segunda Guerra Mundial, tiene desde entonces un número extraordinario de instituciones regionales o de vocación universal y cientos de tratados internacionales en distintos temas relativos a los derechos humanos. Se construye sobre la base de cuatro importantes pilares a los que se refiere Thomas Buergenthal (ex presidente de la Corte Internacional de Justicia) como el *International Bill of Rights*: (Buergenthal, 2017, pág. 38)⁵⁸.

- a) Carta de la Organización de las Naciones Unidas (1945).
- b) Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
- c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
- d) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

El reflejo en la carta de la ONU es muy pálido en sus disposiciones en materia de derechos humanos. “En ninguna de las siete ocasiones en las que... menciona los derechos humanos de manera explícita se describe cuáles son ni por qué han de respetarse”, (Ramírez et al., 2019, págs. 331-332), pero la vocación de dicha institución en el tema comienza a consolidarse al ser aprobada por la Asamblea General en 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos que contiene, por primera vez, un listado razonable de cuáles son esos “derechos humanos” que los distintos actores políticos dicen proteger.

Una vez que esta se constituyó, era común considerar que los Estados solo podían ser internacionalmente responsables por su conducta en materia de derechos humanos cuando voluntariamente aceptaban supervisiones internacionales. La evolución desde ese momento y a esta fecha es inmensa (Rodley, 2013, págs. 621-622)⁵⁹.

⁵⁷ La Sociedad de las Naciones y Liga de las Naciones que existió entre la época de entre guerras, desde 1920, tuvo muy poca incidencia en temáticas de derechos humanos.

⁵⁸ “The International Bill of Human Rights consists of the human rights provisions of the UN Charter, the Universal Declaration of Human Rights, and the two International Covenants on Human Rights”.

⁵⁹ “There are now nine core human rights treaties. It is usual to speak of the United Nations ‘treaty body system’ when referring to the committees that have been empowered to monitor states parties’ compliance with their obligations under these treaties. In fact, there was no consciousness that any such system was being created when the first two such committees were being contemplated. The first to come into existence was the Committee on the Elimination of Racial Discrimination... after the adoption in 1965 of the International Convention on Elimination of All Forms of Discrimination”.

El proceso de redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue sumamente complejo.

Los redactores se enfrentaron, una y otra vez, a esta cuestión: por una parte debían lograr unos acuerdos prácticos sobre la dignidad de la persona humana y formularlos en términos de derechos para que se incorporaran... pero, por otro lado, no podían partir de una justificación teórica común y consensuada que los fundamentara (Pallares, 2016, pág. 2).

¿Cómo poner de acuerdo a hombres que vienen de los cuatro puntos cardinales, y que pertenecen no sólo a diferentes culturas y civilizaciones, sino también a diferentes familias espirituales y antagónicas escuelas de pensamiento?... La respuesta de los filósofos de la UNESCO es insuperable: Cuando se considera la importancia de los valores humanos básicos, la diversidad cultural se exagera. El grupo de filósofos encontró – después de haber consultado a pensadores que seguían a Confucio, hindúes, musulmanes y europeos – que una serie de principios fundamentales se compartía ampliamente incluso en aquellos países donde no se habían adoptado instrumentos de derechos humanos y en cuyas culturas todavía no se adoptaba el lenguaje de estos derechos. Sobre esa base, concluyeron que los derechos humanos básicos descansan sobre una “convicción compartida” (Glendon, 2011, pág. 312).

Los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos tuvieron que enfrentarse a la pregunta en torno a qué era lo que daba “dignidad” a la persona. En general, al referirse a los distintos derechos, tenían que “afirmar algo con sentido, aceptable en la práctica para todo, y, al mismo tiempo, lo suficientemente, amplio, en términos filosóficos, como para ser aceptado por toda persona” (Pallares, 2016, pág. 233). Para resolver esta tensión natural entre asumir una escuela filosófica concreta y la necesidad de afirmar un “núcleo indisponible de principios que siempre se deben respetar, [la solución se logró al afirmar el motivo por el que se debe aseverar que] las personas tienen derechos, cómo es que son conscientes de ellos y cuál es la consecuencia deóntica elemental de los mismos” (pág. 236). De 1945 a la fecha, el sistema internacional de derechos humanos se ha convertido en una de las áreas más relevantes del derecho internacional público (Shelton, 2015, pág. 1)⁶⁰.

La evolución del Estado ha permanecido inmersa en transformaciones generadas por ideas subversivas. Primero, su nacimiento rompía una tradición milenaria de la Edad Media, caracterizada por su *ius commune*, poliarquía, feudalismo y teocentrismo. Posteriormente, a finales del siglo XVIII, el Estado absoluto se vio cuestionado y superado al ser necesario que el monarca tuviera límites claros establecidos en la división de poderes y el reconocimiento de derechos humanos. Más tarde, al concluir la Segunda Guerra Mundial, en un proceso doloroso, surgen con una lógica postmoderna, el sistema internacional de los derechos humanos y el Estado constitucional de derecho con una primacía esencial del poder judicial.

¿Qué sucede cuando una norma es ‘insoportablemente injusta’? La respuesta iuspositivista sería aplicarla y en cuanto fuera posible, que el poder Legislativo la modificara conforme a los procesos previstos en la constitución. La propuesta de Radbruch (y muchos otros) influyó radicalmente en el mundo, al proponer que esa norma debería ser inaplicada. Radbruch sostenía:

⁶⁰ “Most of the normative instruments, institutions and procedures that exist in the field of human rights have emerged only since the late 1940’s. Since that time, human rights standard-setting has brought forth a mutually reinforcing network of global and regional treaties and other instruments that guarantee the enumerated human rights and set forth the corresponding obligations of states, state agents, and, in some instances non-state actors... Perhaps most significantly, billions of persons throughout the world now have access to some form of international review procedure when their domestic governing bodies fail to comply with the applicable international guarantees and afford no regress for the violations that occur”.

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser resuelto en el sentido de que el derecho positivo asegurado por la sanción y el poder, tienen prioridad, aun cuando su contenido sea injusto y anti funcional, salvo que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insostenible que la ley, en cuanto derecho injusto deba retroceder ante la justicia (Radbruch, 1962, citado en Robles, 2021, pág. 39).

El juez adquiere de manera novedosa la posibilidad de ejercer su razón práctica para, con prudencia, inaplicar una norma que es “insosteniblemente injusta”. Esta posibilidad se adquiere de distintas formas y con estructuras jurídicas diferentes en los Estados a través del mundo. Puede apreciarse que las reformas constitucionales que México ha vivido desde 1994 y, en particular, la relativa a derechos humanos de 2011, abrevan de las propuestas iusfilosóficas que Radbruch, Dworkin, Finnis y muchos otros, han aportado. El juez no es ya un “ser inanimado” (Pereira, 2005, pág. 205)⁶¹ que aplica las normas frías del código, sino que puede utilizar la idea de la justicia, los principios generales de derecho y la prudencia, para decidir.

En esta nueva etapa:

el Estado constitucional de derechos supone la aproximación máxima a la que se ha llegado en la materialización del ideal jurídico de la civilización occidental; esto es, que el ejercicio de los derechos se imponga a la voluntad de quienes tienen el poder (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, 2008.)

V. Los derechos humanos en México en el marco del Estado constitucional de derecho

México vive en el entorno que se ha descrito y, en gran medida, ha sido partícipe de esta evolución al Estado constitucional de derecho. La reforma en materia de derechos humanos de 2011 significa un cambio de paradigma radical en México. No solo modifica nomenclaturas de “garantías individuales” por “derechos humanos”, sino que, en sus múltiples reformas, (Ortiz, 2015, citado en Caballero et al., 2017, págs. 336-338)⁶² pone a la persona en el centro del derecho y redimensiona el papel que el poder Judicial debe desempeñar.

⁶¹ Montesquieu señalaba que los jueces debían constituirse como el “ser inanimado que repite las palabras de la ley”. MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Claridad, Buenos Aires, 1977, pág. 194, citado por VIGO Rodolfo Luis, *Interpretación Jurídica*, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 1999, pág. 16. En ese mismo tenor, la Constitución Francesa de 1795 establecía que “Los jueces no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, ni hacer reglamento alguno. No pueden frenar, detener ni suspender la ejecución de ninguna ley, ni citar ante ellos a los funcionarios administrativos por razón de sus funciones”. Cita del artículo 203 de la Constitución Francesa de 1795, en que se plantea el “antijudicialismo” del constitucionalismo continental.

⁶² “Sin pretender hacer un análisis exhaustivo de la reforma, algunos de los méritos de la misma son los siguientes: *La denominación de ‘garantías individuales’... fue cambiada por el de ‘los derechos humanos y sus garantías’, adecuándola a la terminología empleada en el derecho internacional y enfatizando que la Constitución protege ‘los derechos humanos’ y ‘garantiza’ su ejercicio. * Incorporación en el texto constitucional de la noción de ‘persona’ en lugar de la de ‘individuo’, aceptando la posibilidad de reconocer a ciertos grupos o comunidades la titularidad de los derechos colectivos... * El texto constitucional ahora señala que los derechos humanos son ‘reconocidos’ en lugar de ‘otorgados’, como decía la redacción original, admitiendo que estos son intrínsecos a la naturaleza humana... * ... Incorpora el principio de interpretación conforme... * Incorpora la obligación internacional de interpretación ‘pro homine’, al disponer que en todo tiempo se favorecerá la protección más amplia a la persona... * Establece como obligaciones del Estado – en todos sus niveles de gobierno- promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos... * Establece como obligaciones del Estado frente a la violación de derechos humanos prevenir, investigar y sancionar, así como reparar los daños causados por dichas violaciones... * Reconoce expresamente los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos... * Recoge la obligación internacional de no discriminación e incluye entre otros motivos de discriminación a las ‘preferencias sexuales?... * Confirma como uno de los principios de la educación pública el relativo al respeto de los derechos humanos... * Otorga rango constitucional al derecho de asilo y refugio, diferenciando ambas figuras, siguiendo la tradición latinoamericana... * Dispone que el respeto a los derechos humanos es una de las bases sobre las que ha de organizarse el sistema penitenciario mexicano, por lo que se garantiza un trato digno y humano a los detenidos... * Garantiza los derechos humanos a los extranjeros en el territorio nacional... * Regula el derecho de previa audiencia en el caso de

La constitución adquiere vida y se ve reflejada por los cambios que de manera lenta pero constante se han sucedido desde 1994. La Suprema Corte de Justicia de la Nación parece cada vez más un tribunal constitucional (aunque no reúna todas las características que le hubiera dado Kelsen), y resuelve con frecuencia casos que protegen el espíritu constitucional en (i) controversias constitucionales, (ii) acciones de inconstitucionalidad, (iii) contradicciones de tesis y jurisprudencia, (iv) ejerciendo la facultad de atracción, (v) declaratoria general de inconstitucionalidad. Además, los jueces deben hoy realizar interpretaciones principialistas y teleológicas (antes inusitadas) a través de la interpretación pro persona, interpretación conforme, inaplicar normas inconstitucionales, etcétera.

No es una transformación particularmente original. Prácticamente, en todo el mundo, el juzgador asume cada vez más el papel del juez Hércules al que se refiere Dworkin. “El reconocimiento de los derechos humanos... es una decisión política fundamental del constitucionalismo mexicano, pero en realidad es un postulado esencial del constitucionalismo universal, es uno de los principios del constitucionalismo moderno” (Sepúlveda, en Del Rosario, 2009, pág. 206).

La reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 2011 en materia de derechos humanos trae consigo, entre otras consecuencias, dar una vigencia ejercitable de manera inmediata al sistema internacional de los derechos humanos en México, en la medida en que los tratados internacionales hayan sido suscritos por el Estado mexicano, tengan un contenido intrínseco que reconozca derechos humanos y que, por lo tanto, pueda argüirse frente a cualquier autoridad a través del juicio de amparo.

Es particularmente relevante cómo el propósito de la reforma es profundamente incluyente, al buscar el reconocimiento de la igualdad en dignidad de “todas las personas” (congruente con los postulados del Estado constitucional de derecho).

La autoridad (pero también la responsabilidad) del juzgador es cada vez mayor. De ahí que sea tanto más importante (i) reconocer y apoyar (entre muchas otras formas, con sueldos dignos, instalaciones y equipo) a los buenos jueces, (ii) exigir mecanismos claros de meritocracia para que los mejores sean juzgadores, (iii) establecer procesos de carrera judicial en todas las entidades federativas para que se propicie la llegada por exámenes de oposición a cada uno de los distintos cargos de la judicatura y que deje de ser la designación por “dedazo” o por “compadrazgo” el instrumento predominante para la designación de cargos judiciales en el fuero común, y (iv) sancionar de manera ejemplar a los malos juzgadores (y por supuesto, a los empresarios y abogados que en los casos de corrupción, sean parte del problema). También será relevante confrontar las intenciones que puedan tener gobiernos con actitudes tiránicas para desde el Ejecutivo (o el Legislativo) buscar controlar al poder Judicial.

El litigio se ha transformado. Cada vez más escuchamos de despachos o abogados que realizan “litigio estratégico”, algo prácticamente desconocido en México hace un par de décadas. Como nunca, las demandas, los escritos, pero también los autos y las sentencias citan jurisprudencia, fuentes doctrinales, argumentos de razonabilidad y refieren a tratados internacionales. Hoy parece normal, pero era muy poco frecuente hace 50 años que una demanda o una sentencia citaran de manera cotidiana esa clase de fuentes.

expulsión de extranjeros, y con ello la posibilidad de ser oído y vencido en juicio... * Establece ‘el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos’ como principio de política exterior de México...”

En los casos en que dichos tratados internacionales contengan derechos humanos, son además invocados en juicios de amparo promovidos de manera cada vez más frecuente por los distintos actores. Eso llevó a que durante algunos años se discutiera (y todavía hoy es polémico)⁶³ si los tratados internacionales con contenido de derechos humanos tenían la misma jerarquía que la constitución⁶⁴.

Seamos claros. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, tribunal constitucional mexicano, ha sostenido como doctrina jurisprudencial que ‘... cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano...’ (Vázquez, 2021, citado en Ramírez et al., 2021, pág. 44).⁶⁵

Los riesgos contemporáneos en el ejercicio del poder son distintos a los que se vivían durante el Estado de derecho. Al referirse al surgimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a su desarrollo subsecuente, Glendon advierte del peligro que representa en el marco del sistema internacional:

Sin embargo, no sería prudente minimizar el peligro de imperialismo de los derechos humanos. Existen hoy gobiernos y grupos de interés que utilizan cada vez más el lenguaje de los derechos humanos para el servicio de sus propios fines políticos, económicos o militares (Glendon, 2011, pág. 32).

Este mismo riesgo existe en el sistema interamericano, y en el interno mexicano. Los actores jurídicos deben ser conscientes de la responsabilidad que implica la protección de la dignidad de la persona (toda persona sin importar su condición) y no desarrollar, con artificios sofistas, políticas ideológicas con la apariencia de argumentos de derechos humanos.

El desarrollo de las políticas públicas debe fortalecer la protección y respeto de los derechos de todos los seres humanos, sin discriminación, sustentada en una sólida antropología filosófica.

Es impensable una práctica de los derechos humanos que implique su reconocimiento como prepositivos derivado de que hunden sus raíces en valores superiores... de la reflexión ético-filosófica (*v. gr.* vida, dignidad, igualdad y libertad) y, al mismo tiempo, defender el relativismo (filosofía del *pensar*, no del *ser*) que la modernidad jurídica nos impone para pensar que los derechos humanos se sustentan en meras convenciones humanas (Ratzinger, 2005, pág. 86).

⁶³ Para un estudio detallado en términos de esta polémica y de las resoluciones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolverlo, ver DEL ROSARIO RODRÍGUEZ Marcos, *El Parámetro de Control de la Regularidad Constitucional en México; Análisis sobre la evolución del concepto de supremacía constitucional en México*, Porrúa, IMDPC, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 109.

⁶⁴ La Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante la Contradicción de Tesis 293/2011, establecería los siguientes puntos resolutivos: i) los Derechos Humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional; y ii) la Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es vinculante para los jueces mexicanos, siempre que sea más favorable para la persona. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 293/2011, www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentenciasemblematicas/resumen/2020-2011%20DGDH.pdf. Consultada el 21 de abril del 2021.

⁶⁵ El autor critica esta postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “Nuestra Corte de ‘justicia’ lo afirma relajadamente: puede haber restricciones a los derechos humanos siempre y cuando dicha limitación se contemple en la Constitución. Confieso que la fórmula no me gusta. Por ello, es pertinente advertir que Estado de derecho y derechos humanos suponen dos prácticas distintas, si bien complementarias y capaces de realizar aspectos diversos de la justicia como para que se pueda decir que un sistema jurídico es exitoso, pero ciertamente diferentes”. *Ibidem*, pág. 45.

La cultura de los derechos humanos se ha afianzado en el sistema jurídico. Hay que consolidarlo también en la transformación de un México con menos corrupción, violencia e impunidad.

Una sociedad y sus instituciones no pueden ser jamás las mismas si en ellas se ha introducido la conciencia sobre el valor e importancia de los derechos humanos. No importa qué tan alejada se encuentre una sociedad de los presupuestos culturales que facilitan esa conciencia; tarde que temprano entrará en contacto con la concepción de lo justo anclada en los derechos, evidenciando la hondura de su promesa (Ramírez García, Hugo S., *Derechos Humanos: Principios Sustantivos para una Teoría de la Justicia* en Ramírez García, Hugo S., y Soberanes Díez, José María (Coordinadores), *op. cit.*, pág. 237-238).

Resulta claro que debe desarrollarse “una concepción actualizada de la soberanía... a partir de la red cada vez más compleja de vínculos supranacionales, y al mismo tiempo con apoyo en una confirmación de las raíces históricas” (Flores, 2015, pág. 92) del término.

Ferrajoli postula cómo de alguna manera este sistema internacional de los derechos humanos parecería proponer el constitucionalismo mundial (Ferrajoli, 2002, pág. 31), esto es una novedosa forma de dar una organización jurídica a la sociedad global en donde la soberanía de cada Estado ya no tiene un carácter absoluto (que tenía en Westfalia), sino que está sujeta a los límites de las fuentes jurídicas supranacionales. No tiene en mente el utópico *droit commun de l'humanité*⁶⁶ al que se refirieron Rabel, Saleilles y Lambert, pero sí tiene claro que el bien común⁶⁷ es un término al que hay que referirse en términos globales. (Truyol Y Sierra, 1987, pág. 263; Finnis, 2011, pág. 155; Castilla, 1992, pág. 173)

Este planteamiento tiene sentido (pero no está claro hasta dónde llegará esta uniformidad y si sea siquiera deseable en algunos ámbitos para respetar la identidad cultural de los distintos Estados en aquellos ámbitos que no violenten disposiciones de *ius cogens*) dada (i) la común naturaleza de la dignidad de todas las personas humanas, (ii) la marcada relevancia que en el sistema internacional de los derechos humanos han adquirido paulatinamente instituciones y tratados internacionales, (iii) los ejercicios regionales para el desarrollo de instituciones jurídicas comunes se ha diversificado (con algunos retrocesos como el caso del Brexit), y (iv) la crisis del concepto de “Soberanía” y del Estado en general.

Ahora toca consolidar con razonabilidad la cultura de los derechos humanos para que su protección y respeto se convierta, efectivamente, en realidad para todos, sin distinción y sin discriminación.

*Los príncipes que han querido hacerse tiranos,
han comenzado siempre por reunir en su persona
todas las magistraturas.
(Montesquieu)*

⁶⁶ Aunque Truyol sí utiliza este término al referirse al derecho de gentes, de la siguiente manera: “Pour Vitoria, le droit des gens est bien un droit commun de l'humanité, comme dans la notion traditionnelle, et c'est pourquoi il reconnaît l'existence de droits fondamentaux de la personne humaine que les Etats ne sauraient abroger – tels le droit à un commerce pacifique et à l'utilisation de la mer libre, ainsi que le droit de migration et d'établissement - ; mais il est aussi, déjà, un droit international au sens moderne, un jus inter gentes, dont il obtient le concept au moyen de la substitution d'un mot dans la définition du *jus gentium* de Gaius...”

⁶⁷ “Aquí, de nuevo al igual que en la República, conviene recordar que la finalidad de ésta es la consecución del bien común, finalidad presente en la ordenación política del orbe tal y como la concibe Vitoria”.

VI. Referencias Bibliográficas

- Acton, Lord (2013). *Essays on Freedom and Power*, Skyler J. Collins.
- Belda Plans, J. (2019). *Reforma católica y Reforma protestante. Su incidencia cultural*, Instituto de Estudios Hispánicos en la Modernidad, Univeritat de les Illes Balears, issn: 2328-1308, 7.2.
- Bellamy, Alex J. (2006). *Just Wars; from Cicero to Iraq*, Polity Press, Cambridge.
- Besson, S. & Tasioulas, J. (2013). *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford.
- Bobbio, N. (2010). *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, Fondo de Cultura Económica, Política y Derecho, México.
- Borel, A. (2018). *Le saviez-vous? L'État c'est moi*, Ministère des Armées. <https://www.defense.gouv.fr/actualites/articles/le-saviez-vous-l-etat-c-est-moi>
- Brown, Ch., Nardin, T. & Rengger, N. (2014). *International Relations in Political Thought*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Brown, J. (1934). *The Spanish Origin of International Law*, Oxford Clarendon Press, Oxford.
- Buergenthal, T.; Shelton, D.; Stewart, D.; Vazquez, C., (2017), *International Human Rights; in a nutshell*, West Academic Publishing, 5ª Edición, St. Paul.
- Caballero, J. & Margain, E. (Coordinadores) (2017). *Estudios en Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Libertad Religiosa: Libro homenaje a Raúl González Schmal*, Editorial Porrúa, México.
- Carpizo, E. (2015). *Del Estado Legal al Constitucional de Derecho*, Porrúa, México, 2015.
- Cassese, A. (Editor) (2009). *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford.
- Cassese, A. (2005). *International Law*, Oxford University Press, 2ª Edición, Oxford.
- Castilla, F. (1992). *El Pensamiento de Francisco de Vitoria. Filosofía Política e Indio Americano*, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, México.
- Cordero, J. (2008). *Corpus Hispanorum de Pace*, Segunda Serie, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid.
- Del Rosario, M. (Coordinador) (2009), *Supremacía Constitucional*, Porrúa, Universidad Panamericana, México.
- Del Rosario, M. (2015) *El Parámetro de Control de la Regularidad Constitucional en México; Análisis sobre la evolución del concepto de supremacía constitucional en México*, Porrúa, IMDPC, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 109, México, 2015.
- Evans, M. (2019). *International Law Documents*, Blackstone Statutes, Oxford University Press, 14ª Edición, Oxford.
- Ferrajoli, L. (2011) *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 2ª Edición, Oxford.
- Fioravanti, M. (2011) *Constitución. De la Antigüedad a Nuestros Días*, Editorial Trotta, Madrid.
- Fix-Fierro, H. & Martínez, J. (2018). *Derechos Humanos; Cien años de evolución de los derechos en la Constitución Mexicana*, fondo de Cultura Económica, México.
- Flores, A. (2015). *El Control de Convencionalidad y la Hermenéutica*, Porrúa, IMDPC, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 107, México.
- Glendon, M. A. (2011). *Un Mundo Nuevo*, Fondo de Cultura Económica, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Universidad Panamericana, México.
- González, R. (2007). *Programa de Derecho Constitucional*, Limusa – Universidad Iberoamericana, 2ª Edición, México.
- Häberle, P. (2002). *Constitución como Cultura*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahira, Bogotá.
- Kissinger, H. (20014). *World Order*, Penguin Press, New York.
- Lasalle, F. (20017). *¿Qué es una Constitución?*, Editorial Coyoacán, Ciudad de México.

- Naszalyi, E. (1948). *El Estado según Francisco de Vitoria*, Traducción y Prólogo del R.P. Ignacio G. Menéndez Reigada, O.P., Ediciones Cultura Hispánica, Madrid.
- Nussbaum, M. (2019). *The Cosmopolitan Tradition; A Noble but Flawed Ideal*, Harvard University Press, Cambridge
- Ortiz, L. (2015). *Derecho Internacional Público*, Oxford University Press, 4ª Edición, México.
- Pallares, P. (2016). *Aproximación a la Fundamentación de los Derechos Humanos en la Declaración Universal de 1948; De Jacques Maritain a Charles Malik*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra, Pamplona.
- Pereira, A. (2005) *Lecciones de Teoría Constitucional*, Porrúa – Universidad Panamericana, México.
- Porrúa, F. (2009). *Teoría del Estado*, Editorial Porrúa, Cuadragésima Edición, México.
- Ramírez, H. & Pallares, P. (2019). *Derechos Humanos*, Oxford University Press, México.
- Ramírez, H. y Soberanes J. (Coordinadores) (2021). *El Artículo 1º Constitucional, Una teoría de los derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 917, México.
- Ratzinger, J. (2005). Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista, 4a. ed., trad. de José Luis del Barco, Madrid, Rialp.
- Robles, D. (2021). *Derecho Contractual Internacional*, Tirant lo Blanch, México.
- Shaw, M. (2017) *International Law*, Cambridge University Press, 8ª Edición, Cambridge.
- Shelton, D. (Editora) (2015). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford.
- Touchard, J. (1994). *Historia de las Ideas Políticas*, Ed. Rei, México.
- Truyol y Serra, A. (1987). *La conception de la paix chez Vitoria*, Vrin – Reprise, Librairie philosophique J. Vrin, Paris.
- Vigo, R. (1999). *Interpretación Jurídica*, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina.
- Vigo, R. (2003). *De la Ley al Derecho*, Editorial Porrúa, México.
- Vigo, R. (2016). *Constitucionalización y Judicialización del Derecho*, Editorial Porrúa, Universidad Panamericana, México.
- Villoro, M. (2018). *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, 21º ed., México.
- Villoslada, R. (1938). *La Universidad de Paris durante los estudios de Francisco de Vitoria O.P. (1507-1522)*, Analecta Gregoriana – Cura Pontificiae Universitatis Gregoriana Edita, Vol. XIV, Series Facultatis Hist. Ecclesiasticae, Sección B (N. 2).

Capítulo VIII

Los retos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la construcción judicial de la dignidad humana a raíz del concepto de familia ampliada

Sumario: *I. Introducción. II. Problema. III. Objetivos. IV. Metodología. V. Concepto de la Dignidad Humana. VI. Antecedentes del amparo en revisión 2524/2015. VII Análisis y evaluación de la justificación interna y externa del precedente. VIII. Conclusiones. IX. Referencias bibliográficas.*

Germán Cardona Müller⁶⁸

I. Introducción

Desde la novena época, y antes de la reforma constitucional a nivel federal en materia de derechos humanos, la suprema corte de justicia ha construido el criterio de dignidad humana, a fin de que sea un principio y, a la vez, una prerrogativa que permee a través del ordenamiento jurídico, consistente en el valor inherente a toda persona por el solo hecho de serla. Se trata de un concepto similar al de Kant, el cual tiene como implicaciones que nadie sea utilizado como medio, pues todo ser humano debe considerarse como un fin en sí mismo.

Para la corte (2009), ha implicado que dicho concepto se considere como la base de los demás derechos humanos. Su importancia se resaltó con la reforma de 2011, que elevó estas prerrogativas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues, lejos de ser una interpretación que emitió un operador jurisdiccional, ahora quedaba patente esta óptica en el ordenamiento jurídico de mayor jerarquía normativa.

Esta transformación representó un avance para los derechos humanos en México, ya que con ello se estableció por primera vez a dicho principio con rango constitucional y de aplicación obligatoria para todas las autoridades, acorde con una visión garantista procedente de una mirada deontológica del derecho.

El objetivo de este capítulo consiste en mostrar el grado deficiente de construcción judicial de la dignidad humana en el Estado mexicano, al impedir el reconocimiento del concepto de familia ampliada que se realizó a partir de la sentencia ejecutoriada correspondiente al Amparo Directo en Revisión 2524/2015, emitido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁶⁸ Cuenta con master en argumentación jurídica por la Universidad de Alicante y la Universidad de Palermo (2016). Es egresado del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, donde obtuvo la maestría en Derecho Constitucional Contemporáneo (2015), y la licenciatura en Derecho (2009). Entre otros posgrados, es egresado del Curso Básico para la Formación y Preparación de secretarios del Poder Judicial de la Federación (2018), y tiene especialidad en Derecho Corporativo, así como en Derecho Fiscal y Procesal Fiscal con mención honorífica por la Universidad Panamericana (2017-2019). Como académico ha sido parte del Núcleo Académico Básico de Posgrados del ITESO, 2015-2017, y actualmente es profesor de asignatura de la Universidad de Guadalajara. Como profesionista, se desempeña como director jurídico del despacho: Germán Cardona Müller, Abogados; así como prestador en la Comisión Estatal de los Derechos Humanos. Ha fungido tanto como investigador, secretario técnico, asesor en jefe del Congreso del Estado de Jalisco.

II. Problema

Pese al avance, acorde con su ambigüedad intrínseca, el proceso de concreción y determinación que realicen los operadores jurisdiccionales debe ser estudiado a detalle para que pueda responder a las diversas exigencias que se desprendan de un determinado contexto. De las distintas áreas en las cuáles se puede ser objeto de interpretación normativa, en este capítulo, se ha determinado analizar el correspondiente a las obligaciones de alimentos en materia familiar, pues, al ser el núcleo del cual depende el desarrollo social, la forma en la cual sea concebida por parte de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, será determinante para entender si ha evolucionado, a diez años de la reforma de estas prerrogativas, el concepto de dignidad humana.

Hasta la fecha, la mayor parte de las legislaciones a nivel local, si bien admiten que no hay un solo modelo de familia, lo cierto es que, en cuestión de alimentos, este se restringe al núcleo más cercano de ascendentes y descendientes en primer grado, es decir, no se ha implementado una óptica de lo que se conoce como familia ampliada, consistente en que estas obligaciones puedan trascender a cualquier integrante, si se da la necesidad. La cuestión que pretende a hacer frente este capítulo reside en analizar si la configuración del aspecto deóntico normativo de alimentos es acorde a la dignidad humana.

III. Objetivo

A través de este capítulo se mostrará que solo el concepto de familia ampliada, desde una perspectiva del post positivismo jurídico, puede responder a las exigencias de un concepto de dignidad humana acorde con el nuevo paradigma de derechos humanos, pues la óptica actual la limita, al impedir que las personas puedan hacer frente a necesidades básicas. De lograr este cometido, se tendrá la pertinencia jurídica consistente en que las y los operadores jurisdiccionales y legisladores contarán con mayores herramientas para que, desde una dimensión horizontal de los derechos humanos, es decir, desde las relaciones de estas prerrogativas entre particulares, se pueda contribuir a su pleno goce y disfrute.

IV. Metodología

Para lograr el cometido de este capítulo, se empleará una metodología de estudio de caso, donde se analizará y evaluará la justificación interna y externa de la sentencia ejecutoriada correspondiente al amparo 2524/2015, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual trató, precisamente, los límites de la dignidad humana frente a la obligación que nace al dar alimentos entre los diversos familiares.

Para mayor claridad y organización, este trabajo de investigación se presenta en tres apartados. El primero, establecerá un concepto de dignidad humana que sea acorde al paradigma de derechos humanos y que sirva de referente para el objetivo que se pretende alcanzar. Acto seguido, se analizarán los antecedentes del control de constitucionalidad que servirá como referente a través del capítulo y, por último, se realizará la evaluación de la justificación interna y externa de las consideraciones que se vertieron en el precedente en cuestión para señalar la deficiente construcción del principio y sus limitaciones.

V. Concepto de la dignidad humana

En este capítulo se empleará el concepto de dignidad de Ronald Dworkin, por ser acorde al marco teórico propio del post positivismo que se emplea a través de este trabajo de investigación.

Para dicho jurista, el concepto de dignidad humana concuerda con el que sostuvo Immanuel Kant; con el añadido que lo desarrolla a través de dos acepciones o dimensiones que lo integran y las cuáles se describen a continuación:

1. El valor intrínseco de toda persona: Consiste en el hecho objetivo de que toda vida humana importa. Implica que no se trata solo de una cuestión perteneciente a la moral subjetiva, sino que se trata de un valor que le interesa a la comunidad como un todo y, por ende, es importante que se proteja para que este principio se concrete.
2. El principio de responsabilidad personal: Postula que toda persona tiene un deber de realizar su propio proyecto de vida de manera personal. Esto implica que toda persona tiene un derecho de ejercer su vida según lo que considere más pertinente, sin que nadie pueda imponerle su concepto de proyecto de vida a la fuerza. Cualquier persona puede atender a consejos y opiniones de la persona o comunidad que le rodea y dejarse influenciar; sin embargo, esto no equivale a que alguien más pueda quitarle su poder de decisión que le pertenece de manera exclusiva (Dworkin, 2006, págs. 9-20)

Se precisa lo que se ha de entender por la apreciación objetiva de la dimensión correspondiente al valor intrínseco de la dignidad humana, ya que existe la postura contraria a este, consistente en que el valor de la vida de las personas es algo subjetivo, dicha cuestión necesita dilucidarse a través de los argumentos que ofrece Dworkin para mostrar su inviabilidad.

Para mí, optar por la visión subjetivista del valor intrínseco de la vida, que es la postura que adoptan los escépticos, es un error, en la medida que inclusive dicha postura implica una afirmación de índole moral, que supone una visión de corrección sobre la vida. En este aspecto, el valor objetivo de vivir bien y de su valor intrínseco se debe a que se reconoce su importancia, no viceversa; en el entendido de que, siguiendo a Kant, apelar por una posición subjetiva del valor de la vida es un insulto a la dignidad. Esto se debe a que no existe justificación que diferencie de manera imparcial la importancia de una vida frente a otra. En todo caso, desde un plano de igualdad, es importante que todas las vidas sean tratadas como fines en sí mismo. Por más que la importancia de la vida parta de un postulado axiomático, tal como lo sostiene Dworkin, este es suficiente para establecer un parámetro por el cual se trate de igual importancia la vida de todas las personas.

Por lo tanto, el concepto de dignidad humana que propone dicho jurista es adecuado para el objetivo de este capítulo, pues concreta dicho principio al atender sus dos dimensiones, con ello logra una visión objetiva e imparcial acorde con el marco teórico que propuesto.

VI. Antecedentes del Amparo en Revisión 2524/2015

Acorde con la metodología señalada, se establecerán sus antecedentes más relevantes para dar el contexto en el cual se desarrollará.

Hechos relevantes

a. Juicio Ordinario Civil de Primera Instancia:

El 11 de julio de 2012 X⁶⁹ demandó a la sucesión de bienes y, por conducto de su albacea, así como de A, B, C y D, entre otras cosas, el pago de una pensión alimenticia a su favor. El juez de dicha instancia determinó absolver a los demandados.

b. Recurso de apelación:

Contra dicha determinación, X interpuso un recurso de apelación, el cual tocó conocer a la Segunda Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que determinó el 2 de junio de 2014 confirmar la sentencia recurrida.

⁶⁹Se establecen variables para identificar a los sujetos, a fin de que se identifique con mayor claridad los actores principales en el desarrollo del análisis y evaluación de esta sentencia; pues el operador jurisdiccional testó los nombres de los implicados para proteger sus datos personales, de conformidad con la legislación vigente.

c. Demanda de amparo directo:

El 25 de junio de 2014, la actora interpuso en calidad de quejosa amparo directo en contra de la sentencia emitida por el órgano jurisdiccional de apelación ya señalado, donde destacan, entre otros, el derecho a la dignidad humana con relación a una alimentación adecuada, nutritiva y de calidad. Ante dicho planteamiento, el tribunal colegiado competente, en sesión del 8 de abril de 2015 otorgó el amparo para que se dictara, por la autoridad responsable, otra resolución en la cual se declara procedente el pago de alimentos a favor de la primera.

d. Recurso de Revisión ante la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Inconformes con dicha resolución, los terceros interesados (A, B, C y D), interpusieron recurso de revisión; por lo que el 15 de mayo de 2015, la presidencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó su radicación y estableció que la ponencia de dicha sentencia estaría a cargo del ministro José Ramón Cossío Díaz.

VII. Análisis y evaluación de la justificación interna y externa del precedente

Una vez que han sido brevemente señalados los antecedentes, se analizará y evaluará tanto la justificación interna y externa que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió a través de la sentencia ejecutoriada del amparo en revisión en cuestión. Para ello, primero se abordará el estudio y la argumentación formal y se establecerá orden el problema, para después erigir la conclusión a la que llegó dicho órgano jurisdiccional.

Acto seguido, se describirán los principales argumentos que se emplearon en la justificación interna, para que después se evalúen en su integridad acorde con el modelo planteado. Una vez realizado esto, se analizará y evaluará la dimensión pragma-dialéctica de los razonamientos para establecer su grado de corrección y se procederá de manera similar, es decir, primero se describirán los argumentos de mayor relevancia de la justificación externa para evaluarlos de manera adecuada.

Por último, se realizará una confrontación entre la justificación interna y externa empleada con las posibles alternativas de justificación para verificar cuál es más viable acorde con el contexto planteado y se tomarán como referencia los posibles efectos que tendrían de aplicarse para coadyuvar al Estado de derecho y en la democracia constitucional en México.

7.1. Determinación del problema por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Para dicho órgano de control de constitucionalidad el problema a resolver consistió en determinar si se viola la dignidad humana al impedir que el cónyuge supérstite, en un proceso de una sucesión legítima, demande los alimentos de la masa hereditaria. Esta cuestión surge de la postura que sostuvo en su momento el Tribunal Colegiado de Circuito en su sentencia del amparo directo que dio origen al recurso de revisión, el cual señaló que, ante la ausencia de alimentos suficientes por quien fue la cónyuge del occiso, esta puede demandar los insumos necesarios para tener una vida digna.

Cabe destacar que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para dilucidar dicho problema, se cuestionó si el método argumentativo analógico que empleó el tribunal colegiado fue el correcto, es decir, si efectivamente se daban los supuestos para la aplicación de este, lo cual fue determinante para llegar a la conclusión que sostuvo a través del recurso de revisión.

7.2. Conclusión sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La conclusión que sostuvo dicho órgano de la corte consistió en que no se viola la dignidad de las personas cuando la legislación vigente impide que los cónyuges supervivientes puedan demandar la masa hereditaria para acceder a los alimentos que se requieren, a fin de satisfacer sus necesidades básicas.

7.3. Determinación de la directiva de interpretación elegida por el operador jurisdiccional y su justificación

Aunque la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue omisa en explicitar la justificación de la directiva interpretativa a emplear a través del caso, se desprende de la sentencia que intentó de emplear principalmente el argumento de tipo a contrario. El operador jurisdiccional determinó que no se puede extender de manera analógica la aplicación del código civil que permite que, para las sucesiones testamentarias, se garanticen los alimentos a los cónyuges supervivientes, limitándose a la mera aplicación literal de la ley. Si bien se analizará más a fondo dicha línea de argumentación que se empleó, cabe resaltar que esta fue el principal método utilizado en el caso.

A su vez, para emplear dicha metodología, el órgano de control de constitucionalidad se valió de varias preguntas, a efecto de establecer el contexto jurídico que le remitieran directamente a la literalidad de la ley, las cuáles se citan a continuación para tener presente sus alcances:

- En la sucesión testamentaria, ¿de qué forma protege el Código Civil para el Distrito Federal al cónyuge superviviente del de cujus cuando éste no ha sido designado heredero por disposición testamentaria y necesita allegarse de los medios para la satisfacción de sus necesidades básicas?
- En la sucesión legítima o intestamentaria, ¿de qué forma protege el Código Civil para el Distrito Federal al cónyuge superviviente?
- En relación con la protección del cónyuge superviviente, ¿fue correcta la determinación del Tribunal Colegiado en relación con la aplicación analógica de las reglas de la sucesión testamentaria a una sucesión intestamentaria o legítima?
- En la sucesión legítima o intestamentaria, ¿qué acción puede ejercer el cónyuge superviviente —que tiene a su vez el carácter de heredero legítimo— a fin de aliviar sus necesidades más apremiantes que no pueden esperar a la conclusión del proceso sucesorio? (2016).

Cabe destacar que, dentro de esta principal línea de argumentación, también se contempló por la corte una interpretación sistemática acorde con la literalidad de los dispositivos jurídicos que empleó del Código Civil para el Distrito Federal, lo cual es importante porque con ello la respuesta de dichas preguntas condicionará la metodología en cuestión.

7.4. Análisis de la justificación interna o formal

Acorde con la metodología planteada para este artículo, se analizará la justificación interna o dimensión formal de la argumentación, comenzando por el planteamiento de la premisa mayor a través de los elementos que la integran. En este aspecto, estos consisten en el producto de la interpretación a contrario de las disposiciones jurídicas establecidas en los artículos 311, 1368, 1369, 1371, 1374 y 1376 del Código Civil para el Distrito Federal, en lo que corresponde a la sucesión testamentaria, y los artículos 1602, 1607, 1608, 1624 y 1626 de dicho ordenamiento jurídico en lo tocante a la sucesión legítima. Como principales elementos, y para fines de claridad, se establecen dos: el principio de exclusión y el principio de inclusión, que

corresponden a la sucesión testamentaria y legítima. El primero atiende al carácter cerrado de este tipo de actos jurídicos, donde el testador tiene la facultad de dejar afuera a quien considere, según el carácter personalísimo de estos, con algunas salvedades, como es el caso de las personas que requieren alimentos.

El segundo elemento se refiere al carácter incluyente de las sucesiones testamentarias, pues atiende al hecho que se abre la posibilidad que concurren diversas personas a reclamar la masa hereditaria a su favor, según una lista de prelación establecida por la legislación vigente. Acorde con dichos elementos, a continuación, se detallan para establecer su contenido en la construcción de la premisa mayor:

- **Tratándose de la sucesión testamentaria:**
 - a. Elemento de exclusión: Se establece que, según el carácter personalísimo del testamento, se garantiza la dignidad humana del cónyuge superviviente, ya que el testador está obligado a dejarle alimentos, bajo pena de declarar dicho acto jurídico inoficioso, siempre y cuando:
 - i. El cónyuge superviviente esté imposibilitado para trabajar.
 - ii. El cónyuge superviviente no tenga bienes propios.

- **Tratándose de la sucesión legítima:**
 - b. Elemento de inclusión: Acorde con el orden de prelación que establece la legislación vigente en la sucesión testamentaria, se garantiza la dignidad humana del cónyuge superviviente con relación a la posibilidad de acceder a los alimentos, toda vez que:
 - i. Al cónyuge superviviente le corresponde la parte de la herencia de un hijo siempre y cuando:
 - 1. Carezca de bienes.
 - 2. Los bienes que tenga a la muerte de su pareja no igualen a la porción que corresponde a cada hijo.
 - ii. El cónyuge superviviente puede acceder de manera equitativa a la masa hereditaria en relación con los ascendientes que concurren en calidad de herederos.

Atendiendo dichos elementos, la premisa mayor quedaría configurada de la siguiente manera:

Premisa Mayor. Se garantizará la dignidad humana de los herederos en las sucesiones testamentarias y legítimas con relación a la obligación de garantizar elementos a los cónyuges supervivientes siempre que:

- a) Tratándose de las disposiciones testamentarias, el testador deje disposiciones en materia de alimentos a favor de este cuando dicha persona no pueda trabajar y no tenga bienes propios.
- b) Tratándose de las disposiciones en materia de sucesiones legítimas, al cónyuge superviviente se le otorgue la parte que le corresponde a la masa hereditaria que ascienda a la de un hijo cuando estos concurren a la herencia y esta carezca de bienes o los bienes que tenga a la muerte de su pareja no igualen a la porción que corresponde a cada hijo.

Se procede a establecer la confrontación que realiza este órgano de control de constitucionalidad de la premisa menor, consistente en la omisión de otorgar una pensión alimenticia con cargo a la masa hereditaria al cónyuge supérstite a raíz del proceso de sucesión legítima, según los diversos elementos que la integran y que ya fueron precisados:

7.4.1. Confrontación de la premisa mayor con el elemento exclusión correspondiente a la sucesión testamentaria

Para la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dichas disposiciones no contravienen la dignidad humana, pues, al ser la obligación de dar alimentos de carácter estrictamente personal, esta no se puede traspasar a los herederos porque atiende a una relación familiar específica y que concluye con la muerte. Solo vía testamentaria se establece la figura de los preteridos cuando se omite dejar alimentos; por lo que, al atender una interpretación restrictiva, dicha figura no se extiende a la sucesión legítima.

7.4.2. Confrontación de la premisa mayor con el elemento de inclusión correspondiente a la sucesión legítima

Para dicho órgano de control de constitucionalidad, no se puede instaurar la obligación de establecer una pensión para otorgar alimentos en la sucesión legítima, más allá de las disposiciones vigentes, porque esto desnaturalizaría dicha institución que tiene como fundamento que no se puede ser deudor y acreedor a la vez. A comparación de lo que ocurre con la sucesión testamentaria, los herederos pasan a ser acreedores de la herencia con la muerte; por lo que no hay, a criterio de dicho operador jurisdiccional, injusticia que corregir. Por lo tanto, resultaría incongruente que el acreedor de la herencia se demande a sí mismo.

Cabe resaltar que la primera sala descartó la posibilidad que se aplicara por analogía otros artículos accesorios, como el caso de los numerales 1643 y 1646 del Código Civil para el Distrito Federal; los cuales establecen la obligatoriedad de otorgar alimentos para la viuda que quede encinta de la masa hereditaria. Esto se debe a que, para dicho operador jurisdiccional, la ratio de estos artículos tiene por objeto proteger al menor, situación que acontece como cuestión relevante cuando solo comparece la viuda sin estar embarazada.

Por lo tanto, de la confrontación de la premisa mayor con el problema a dilucidar, para dicho órgano de control de constitucionalidad, no se surte el extremo que planteó en primera instancia el tribunal colegiado en cuestión, pues la propia legislación vigente garantiza por sí misma la dignidad humana, al prever mecanismos para que la cónyuge supérstite acceda a los bienes necesarios para el pleno goce y disfrute del derecho a la alimentación.

Esto implica que el cónyuge supérstite no tiene manera para acceder, mediante el proceso de una sucesión legítima, para garantizar sus alimentos; sin embargo, la primera sala estableció que dicha parte podría, en todo caso, solicitar al albacea la venta urgente de los bienes que la integran, de conformidad con los artículos 1717 y 1758, acceder a las necesidades de alimentos que considere apremiantes.

A continuación, se reconstruye el silogismo jurídico en su justificación interna, según su dimensión formal para mayor claridad:

Premisa Mayor. Se garantizará la dignidad humana de los herederos en las sucesiones testamentarias y legítimas con relación a la obligación de asegurar alimentos a los cónyuges supérstites siempre que:

- a) Tratándose de las disposiciones testamentarias el testador, deje disposiciones en materia de alimentos a favor de este, cuando dicha persona no pueda trabajar y no tenga bienes propios.

- b) Tratándose de las disposiciones en materia de sucesiones legítimas, al cónyuge supérstite se le otorgue la parte que le corresponde a la masa hereditaria que ascienda a la de un hijo cuando estos concurren a la herencia, y esta carezca de bienes o los bienes que tenga a la muerte de su pareja no iguallen a la porción que corresponde a cada hijo.

Premisa Menor. La autoridad responsable negó la petición del quejoso, consistente en la aplicación analógica de las disposiciones de la sucesión testamentaria en un proceso de sucesión legítima para constituir una pensión alimenticia a favor de la cónyuge supérstite, al atender que la legislación vigente ya garantiza los alimentos de este al otorgarle la parte correspondiente a un hijo, pues en dichos procesos no se puede confundir la calidad de acreedor y deudor en una sola persona.

Conclusión. No se violó el derecho a la dignidad humana.

7.5. Evaluación de la justificación interna o formal

Del análisis de los razonamientos que integran la justificación interna, así como la dimensión formal de la argumentación de esta sentencia ejecutoriada, se desprende que cumplen parcialmente la integración del silogismo jurídico. Esto se debe a que se incurre en la falacia de negación del antecedente. Dicha cuestión será corroborada al evaluar la justificación externa dada su íntima conexión con la conformación de los elementos que integran la premisa mayor. Con ello se mostrará que el grado de solidez en la conformación de los razonamientos no responde a los parámetros valorativos de dignidad humana.

7.6. Análisis de la justificación externa

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emplea como principales métodos de argumentación a través de esta sentencia ejecutoriada los siguientes: a contrario o restrictivo y sistemático. Esto se debe a que, mediante las consideraciones de la sentencia, no existe referencia de la posibilidad de ir más allá de la literalidad de la legislación vigente. Tan es así que dicho órgano de control de constitucionalidad basa su argumentación en desacreditar la analogía que empleó el Tribunal Colegiado de Circuito que conoció en el amparo directo dicho caso, y quien consideró que era necesaria la aplicación de dicho método para que no se violara la dignidad de la persona.

Este método de argumentación se concretó en referirse consistentemente a la legislación vigente; pero sin analizar los efectos que tendría en el quejoso la aplicación restrictiva del Código Civil para el Distrito Federal. Con ello, se permitió conformar un silogismo jurídico válido sin que se atendiera al grado de justicia que se solicitó en su momento al operador jurisdiccional.

Cabe destacar que la mayor parte del contenido de la sentencia corresponde a la dimensión de descubrimiento, es decir, aquella parte destinada exclusivamente a describir instituciones y conceptos que, para la autoridad jurisdiccional, resultarán pertinentes, a fin de justificar la conclusión a la que llegó. De tal suerte, que, según los elementos que integran la premisa mayor, en relación con esta dimensión se realiza el siguiente balance:

1. Para construir el elemento de exclusión referente a la sucesión testamentaria se emplearon 2 646 de las 7 318 palabras que conforman el estudio de fondo a partir del planteamiento del problema sin contar la parte resolutive de la sentencia,⁷⁰ es decir: 36.15 por ciento de los vocablos empleados solo se emplearon para dicha finalidad.

⁷⁰Se deja al lado las otras partes, pues, si bien pueden guardar relación con la justificación, son accesorias en la medida que no atacan la esencia del problema. En cuanto a la parte resolutive, aunque es una sección de la decisión de la corte, también los efectos de esta se encuentran establecidos antes que esta se dicte en las diversas consideraciones.

2. Para integrar el segundo elemento de inclusión referente a la sucesión legítima, se emplearon 1 708 palabras, equivalente a 23.33 por ciento.
3. A manera de porcentaje, el contexto de descubrimiento de la sentencia abarcó 59.48 por ciento de la sentencia.

Esto implica que la mayor parte de la sentencia, más que razonamiento, conlleva descripción. En cambio, el contexto de justificación abarca un poco menos de la mitad, ya que esta comprende solo la respuesta a la pregunta que plantea la primera sala consistente en determinar si el Tribunal Colegiado de Circuito razonó de manera adecuada al emplear el método analógico para solucionar el problema, y la cual constituye un total de 786 palabras, equivalente a 10.74 por ciento. Los demás vocablos que no se ven expresados en estos porcentajes corresponden a pie de página que cumplieron una función meramente descriptiva.

7.7. Evaluación de la justificación externa

Acorde con la metodología planteada se procede a evaluar la justificación externa a través de la aplicación de los dos elementos que conformaron la premisa mayor, al ser estos los principales implicados en determinar la constitucionalidad de la legislación vigente en materia de dignidad humana.

El problema con la metodología argumentativa que emplea la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de esta sentencia ejecutoriada, consiste en que se agota en la legalidad sin considerar los efectos de la sentencia, con ello incurre en las falacias de petición de principio y *ad verecundiam* al presuponer lo que se debe probar porque simplemente se encuentra establecido en la legislación.

En este caso, pese a que dicho operador jurisdiccional debió mostrar plenamente que la legislación vigente es eficaz y eficiente para garantizar los alimentos del cónyuge supérstite, asume que el *quantum* mínimo es acorde a los parámetros en materia de dignidad humana, sin mayor análisis empírico o evaluaciones que corroboren su dicho. A continuación, se evalúa a mayor detalle cada uno de los elementos que integran la premisa mayor y que se aplicaron para conformar dichas falacias para mostrar que son insostenibles:

7.7.1. Evaluación de la justificación externa referente al elemento de exclusión

Es inviable la línea de argumentación que se emplea para conformar dicho elemento, pues el operador jurisdiccional es omiso en mostrar las razones por las cuáles no se puede trascender para dicho problema el elemento personal de los alimentos. La primera sala asumió el silencio de la legislación civil como impedimento para la aplicación analógica que en su momento realizó el tribunal colegiado.

Esta línea de argumentación es inviable porque implica un trato inequitativo para los cónyuges supérstites ante dos instituciones sobre las que no existe justificación razonable para aplicar de manera distinta. La propia primera sala muestra esta inconsistencia al señalar que existen excepciones tratándose de los cónyuges supérstites que se encuentren embarazados al momento. Si bien el órgano jurisdiccional intenta establecer la justificación de dicha excepción, en el sentido que el interés superior del menor trasciende al del primero; también lo es que dicha persona es un ente dotado de dignidad, por lo que no existe impedimento de aplicar un razonamiento analógico cuando la propia legislación lo permite.

En este aspecto, la cuestión que impidió que la primera sala (2016) considerara adecuada la aplicación analógica en materia de dignidad humana relacionada con los alimentos, consistió en que valoró como inderrotable el aspecto personalísimo de los alimentos ante el temor de que con ello las obligaciones que se desprenden de estos no tuvieran fin alguno.

La justificación externa que en este elemento establece la primera sala trata de reducir al absurdo el razonamiento del tribunal colegiado sin por ello reconocer que se trata de una excepción plenamente justificada y que no conlleva a ningún abuso. Considerar que los cónyuges supervivientes puedan demandar en un proceso de sucesión legítima alimentos, al aplicar la normatividad de las sucesiones testamentarias, es reconocer una situación de gravedad que no se fijará de manera *ad perpetuam*, sino solo durante el proceso de la herencia.

El otro argumento que hace valer dicho órgano de control de constitucionalidad consiste en que, de admitir la posibilidad que un cónyuge superviviente reclame alimentos de la herencia, se desnaturalizaría la institución de la sucesión legítima, ya que implicaría que una persona sería a la vez acreedor y deudor de la herencia. Para el operador jurisdiccional, mientras que en la herencia existe la posibilidad de demandar ante la omisión de incluir a quienes merecen alimentos, dicha circunstancia de injusticia no se da ya que todos los que deben comparecer, incluido el cónyuge superviviente, se aceptan como herederos legítimos (2016).

Este argumento es derrotable, pues adolece del vicio señalado, consistente en que se agota en la mera legalidad. El órgano jurisdiccional presupone que la desnaturalización de la legislación es razón suficiente y necesaria para impedir que se otorguen alimentos sin ponderar los efectos negativos que esto tendría para el cónyuge superviviente. Sobre todo si ya se hizo mención que la propia legislación pretende establecer excepciones, como es el caso de la viuda encinta, no existe justificación para impedir que también, en estos casos, para salvaguardar la dignidad humana de la quejosa, se pueda permitir acceder a los bienes de la masa hereditaria.

La deferencia hacia el legislador, y a favor de una razón institucional, como bien lo señala Manuel Atienza (2012), tiene que ser en aras de preservar el régimen jurídico ante situaciones excepcionales. En este caso, la excepción que empleó en su momento el tribunal colegiado, para aplicar la analogía, es pertinente en la medida que permite a quien se encuentra en un estado de urgente necesidad, atenderla, al tomar como referencia el vínculo de alimentos que existía. Esta circunstancia será analizada más adelante con relación a los supuestos de alimentos que se establecen en la legislación vigente a favor de la cónyuge superviviente; sin embargo, según dichos hechos, el argumento que empleó la primera sala es derrotable al atender a la dimensión valorativa en esta materia.

7.7.2. Evaluación de la justificación externa en relación con el elemento de inclusión

Se procede a evaluar la justificación externa con relación al elemento de inclusión, donde el operador jurisdiccional establece que es suficiente el *quantum* contemplado en el artículo 1368, por el que se fija el mínimo de alimentos para que, cuando el cónyuge superviviente comparezca al proceso de la sucesión legítima, pueda, en su caso, acceder a la porción de un hijo, o en partes iguales a la de los ascendientes. Nuevamente, la primera sala presupone que la legislación es suficiente para garantizar la suficiencia en alimentos de dicha parte; sin embargo, no hay análisis o evaluaciones para determinarlo, por lo que dicho razonamiento implica incurrir en una falacia de petición de principio.

No se pueden establecer *a priori* los alimentos que se requieren para los cónyuges a través de la legislación, ya que estos dependerán del caso concreto, pues es necesario que se delimiten de manera casuística, al tomar como referencia el concepto de mínimo vital; el cual, si bien será objeto de otro capítulo, implica un *quantum* de bienes y provisiones necesarios para acceder a una vida digna y adecuada, de conformidad con el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (2013).

La legislación ciertamente es un referente para los alimentos; sin embargo, acorde con el parámetro de dignidad humana se tiene que considerar, entre otros, el nivel de vida digna de una persona, situaciones que implican tomar en consideración estudios socioeconómicos a la luz del contexto nacional en materia de pobreza, como sería el caso de los que publica el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL, 2019). Este

argumento implica incurrir en la falacia de negación del antecedente, ya que pueden existir otras alternativas al establecer una condición suficiente para que se otorguen los alimentos; pero no una propiedad suficiente y necesaria.

En este caso, la primera sala adopta la postura consistente en que se trata de una condición suficiente y necesaria para que pueda operar este corolario sin atender a la dimensión directiva de la norma, con lo cual resulta inoperante los razonamientos que se emplean en las consideraciones de esta sentencia. Por lo tanto, lejos de haber mostrado el grado de deficiencia del argumento analógico del tribunal colegiado, su propia línea de proposiciones no se sostiene porque no se sigue las conclusiones que se proponen, al descansar en presuposiciones que no fueron desarrolladas según la carga de la prueba que tenía el operador jurisdiccional a su cargo.

La justificación que emplea dicho órgano jurisdiccional para señalar que el cónyuge supérstite podría solicitar al albacea que distribuya de manera emergente los bienes de la masa hereditaria, según su circunstancia de necesidad, no se sostiene. Esto se debe a que, al atender la dimensión valorativa de la institución de los alimentos, que tiene como fundamento la dignidad humana, tiene por finalidad que los acreedores alimentarios puedan acceder a estos de manera pronta y eficaz.

La propuesta de este órgano de control de constitucionalidad es contraproducente, pues depende directamente del albacea; el cual, en este caso, es una parte que tiene un interés contrario a esta. Inclusive, aún en el supuesto que no existiera dicha situación, dicha propuesta es contraproducente porque deja a la discrecionalidad del albacea a actuar de conformidad con dicha solicitud. Esto implica que, en caso de que se le nieguen al cónyuge supérstite los alimentos que requiere en una situación de urgencia, tendría que verse obligado u obligada a llevar a cabo un proceso tedioso ante diversas instancias, ello pone en riesgo el derecho humano en cuestión.

7.8. Confrontación de justificación restrictiva de la legislación civil y una interpretación alternativa

Atendiendo a la metodología que se propuso para este artículo, se procede establecer la confrontación entre la justificación que se empleó en este caso con otra alternativa que sea viable para determinar cuál cuenta con un mayor grado de solidez. En este caso, se determinó que sería la argumentación analógica por ser esta metodología la que permite garantizar la dignidad humana del cónyuge supérstite ante el silencio de la legislación en materia de alimentos tratándose del proceso de sucesiones legítimas.

Tal como lo señala Roger Zavaleta Rodríguez: lo determinante en la aplicación del razonamiento analógico constituye la justificación por la que se muestra que existe identidad de razón jurídica entre el caso no regulado, sobre el que va a recaer dicha metodología, y el caso que, si cuenta con el basamento jurídico, a efecto de que se muestre la relevancia que es necesaria para su aplicación. En este caso el tribunal colegiado sostuvo que dicha identidad de razón se justifica en el sentido que ambos casos tratan sobre la dignidad humana con relación a la obligación de dar alimentos al cónyuge supérstite (Rodríguez, 2014).

Para el órgano jurisdiccional que resolvió a favor del quejoso el amparo directo, consideró que existía igualdad en cuanto a hechos e identidad en el derecho en el sentido que los supuestos, tanto en materia testamentaria como en la sucesión legítima, buscan garantizar los alimentos, ello es una obligación entre familiares que irradia a través de todo el ordenamiento jurídico y en la cual no existe una justificación que permita concluir que en estos casos de necesidad se deba extinguir con la muerte. A continuación, se cita el razonamiento que hizo valer el tribunal colegiado de referencia para lograr mayor claridad en cuanto a sus alcances:

[...] En el caso, se dan las condiciones necesarias para la aplicación del método analógico, porque, en primer lugar, el artículo 1624 dispone que la cónyuge supérstite tendrá derecho a heredar la porción de un hijo, si concurre con descendientes del autor de la sucesión, pero no prevé la posibilidad de que pueda recibir alimentos a cargo de la masa hereditaria, y en segundo lugar, existe igualdad esencial en los hechos, ya que las normas que establecen que el testador debe dejar alimentos al cónyuge, se basan en que la pareja guarda una obligación recíproca de proporcionarse los medios y recursos necesarios para cubrir sus necesidades y esa obligación no se extingue con la muerte, en caso de que concurren las características que la ley señala, como el que el cónyuge supérstite no tenga bienes suficientes o esté impedido para trabajar.[...] (2016)

Esta línea de argumentación empleada es más sólida que la que utilizó la primera sala, porque integra los razonamientos acordes con la dimensión valorativa en materia de derechos humanos; situación que no se dio con el razonamiento a contrario de esta; ya que permite que los justiciables en futuros casos puedan tener un acceso de mayor calidad a la justicia. Esto se debe a que el enfoque restrictivo que adoptó el órgano revisor en materia constitucional palidece en la medida que no toma en cuenta las repercusiones socioeconómicas, según el contexto, donde el caso se trató por dicho ente jurisdiccional como un caso de aplicación estricta de la ley y donde se desconocía el efecto irradiador que poseen los derechos humanos.

Cabe advertir que la primera sala sí tuvo razón en descartar el usufructo vitalicio sobre el bien inmueble, pues dicha medida no se razonó frente otras alternativas y medios que podrían ser igualmente idóneos. En este aspecto, frente a la ponderación entre derechos de igual jerarquía, como es el caso de la dignidad humana y la propiedad, se debió establecer aquella medida que resultara menos restrictiva para los terceros interesados. Sin embargo, esto ya no es un defecto del método analógico que empleó dicho órgano jurisdiccional, sino que atiende a fijar las consecuencias de haberlo aplicado.

Por lo tanto, el método analógico resulta más viable que la línea de argumentación a contrario para el caso en cuestión, pues el primero permite una mayor concordancia con la dimensión valorativa de la dignidad humana y al efecto irradiador de derechos humanos; al permitir que, en casos excepcionales, el cónyuge supérstite pueda acceder a alimentos de la masa hereditaria sin que quede en estado de indefensión. Con ello se garantiza, en futuros casos, la seguridad jurídica de los justiciables, acorde con la situación individual que en su momento se presente.

7.9. Consideraciones sobre la compatibilidad entre la jurisprudencia y las consideraciones de la sentencia

Entre jurisprudencia que establece la primera sala y las consideraciones de la sentencia que dan origen a esta, no existe compatibilidad. En la medida, que la *ratio decidendi*, tal como lo sostiene Frederick Schauer, implica el por qué la corte determinó un caso en particular, en todo caso que el *holding* consiste en la regla a aplicar a futuros casos que se desprenden de este; dicha incompatibilidad se debe a que entre los razonamientos de la corte y la decisión poco tienen que ver en cuanto a dignidad humana en términos generales y mucho a la cuestión general en cuanto a este concepto con relación a la obligación de otorgar alimentos al cónyuge supérstite.

A través del caso se mostró que la metodología restrictiva que empleó el órgano jurisdiccional para justificar su conclusión consiste en mostrar que la legislación civil garantiza la dignidad humana por sí sola. Acorde con el artículo 218, en su fracción III, de la ley de amparo vigente, para que se integre jurisprudencia, se debe considerar las deliberaciones interpretativas por las que se haya establecido el criterio. Aunque a primera acepción podría dar a interpretar que queda a la libre discrecionalidad del operador jurisdiccional para conformar la jurisprudencia en cada caso; esto no ocurre, ya que las consideraciones deben ser aquellos que son determinantes para el caso.

En esta circunstancia, la *ratio decidendi* implica la limitación del cónyuge supérstite de demandar alimentos de la masa hereditaria en los procesos de sucesión legítima, pues la legislación cuenta con mecanismos para que se garantice su derecho a la alimentación en donde no se vulnere su dignidad humana. En ese cometido, el *holding* o la regla que debería seguirse sería la siguiente:

La legislación en materia del proceso de sucesión legítima garantiza los alimentos del cónyuge supérstite, preservando la dignidad humana de éste, por lo que es improcedente demandar éstos de la masa hereditaria, debiendo agotar los otros medios que establece la normatividad adjetiva (2016).

La discrepancia entre la *ratio decidendi* y la *regla que extra* de esta en la jurisprudencia no sólo es una cuestión que se ve en este caso, también es algo que ocurre a través de la mayor parte de los precedentes que integran interpretación jurídica obligatoria que serán objeto de este artículo. La omisión de motivar y justificar la idoneidad del método a emplear para solucionar casos por parte de los operadores jurisdiccionales es un factor importante a considerar, pues afecta la seguridad jurídica de los justiciables quienes, ante el desconocimiento técnico sobre cómo se integra la interpretación obligatoria, se pueden ver influenciados a considerar que el rubro y el contenido impreso en el semanario es la interpretación a seguir, cuando esto no es así.

El concepto de dignidad humana que sostiene la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conforma un *obiter dicta*, es decir, un argumento secundario, que no es esencial a la construcción del precedente. Esto no implica negar la importancia que tiene dicho concepto para el Estado de derecho; simplemente implica que no fue una cuestión toral para llegar al criterio jurisprudencial que dicho órgano de control de constitucional emitió. Ante la regulación jurídica en México que logra diferenciar estos conceptos, en comparación con lo que puede ocurrir en otros países, tal como lo señala Frederick Schauer, es un factor determinante que puede perjudicar la consolidación del Estado de derecho.

Aunque la jurisprudencia tenga por efecto obligar solo a entes jurisdiccionales, en la práctica, sus efectos trascienden dicha esfera, pues es una fuente de derecho que coadyuva a su integración. De tal forma que su deficiente integración afecta a su posible aplicación como instrumento de transformación social y merma su eficiencia y su eficacia.

VIII. Conclusiones

A través de este capítulo se mostró que la ausencia de lineamientos normativos que obliguen a los operadores jurisdiccionales a fundar y motivar la idoneidad del método a emplear para solucionar casos afectó la construcción del concepto de dignidad humana en el sistema jurídico mexicano. Esto se debe a que, si bien se empleó una metodología que, en apariencia, cumplía con los umbrales mínimos de congruencia y exhaustividad, al analizar y evaluar la sentencia ejecutoriada correspondiente al amparo en revisión 2524/2015 que solucionó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no se logra dicho cometido.

Tanto la dimensión de la justificación interna o formal como externa o pragmatialéctica que empleó el operador jurisdiccional para sostener su conclusión no es acorde, tiene como fundamento una visión que es incompatible con la visión valorativa de los derechos humanos. Las falacias formales y materiales que se emplearon para lograr dicha conclusión refuerzan la postura de este artículo, pues, si bien no se logra a la perfección impedir que se cometan errores, disminuye significativamente la inseguridad jurídica al explicitar los mecanismos que se emplearán para solucionar un caso según un contexto determinado y al considerar los efectos que tendrá para coadyuvar a consolidar el Estado de derecho.

Se mostró a través de este caso que, con la decisión de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se violó la dignidad humana, pues deja en un estado de indefensión al cónyuge superviviente; el cual, ante una situación de necesidad urgente, requiere acceder a alimentos. Esto se debió a que dicho órgano jurisdiccional solo permite que dicha parte únicamente pueda ver garantizado dicho derecho humano a través de alternativas que impiden el acceso real a la justicia, ya que estas tienen como base procesos que dependen de terceros que carecen de la suficiente imparcialidad para la finalidad que se pretende.

En este precedente resaltó la discrepancia entre la *ratio decidendi* y la regla a seguir para futuros precedentes, y las consideraciones establecidas en la sentencia al no existir correspondencia entre estas. Ello también es resultado de la ausencia de contar con lineamientos que establezcan la obligatoriedad para los órganos jurisdiccionales de fundamentar y motivar la idoneidad del método a emplear, frente a las alternativas que se tengan en un momento determinado.

Ante el concepto deficitario de dignidad humana sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se tendrá por efecto el debilitamiento del Estado de derecho y la legitimidad de las instituciones de procuración de justicia, en discordancia con los parámetros mínimos aceptables a nivel nacional e internacional, tratándose del pleno goce de derechos humanos y que en su momento fue la esencia de la reforma constitucional en dicha materia de 2011.

IX. Referencias bibliográficas

- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (20 de mayo de 2019). *Medición de la pobreza*. Obtenido de Pobreza en México. CONEVAL: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>
- Dworkin, R. (2006). *Is Democracy Possible Here? Principle for a New Political Debate* (págs. 9-20). Princeton: Princeton University Press.
- Atienza, M. (2012). *El Derecho como Argumentación* (págs. 235-242). Barcelona: Ariel.
- Zavaleta Rodríguez, R. (2014). *La motivación de las resoluciones judiciales* (págs. 306-312). Lima: Grijley.
- Derecho al Mínimo Vital. Su Contenido Trasciende a todos los Ámbitos que Prevean Medidas Estatales que Permitan Respetar la Dignidad Humana. Tesis: P. VII/2013 (9a.) (Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 13 de diciembre de 2013).
- Dignidad Humana. Constituye una Norma Jurídica que Consagra un Derecho Fundamental a Favor de las Personas y no una Simple Declaración Ética. Tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.) (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 10 de febrero de 2016).
- Dignidad Humana. El Orden Jurídico Mexicano la Reconoce como Condición y Base de los Demás Derechos Fundamentales. Tesis: P. LXV/2009 (Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 6 de enero de 2009).

Capítulo IX

En defensa de las defensorías: La imprescindible necesidad de protección no jurisdiccional a diez años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en México

Sumario: *I. Introducción. II. Razones para la universalidad. III. Del modelo europeo de los derechos humanos a la validez universal. IV. El proceso moderno de apropiación y validez cultural de los derechos humanos en México. V. Necesidad de una abstracción conceptual. VI. La universalidad desde una ideología mutuamente constituida. VII. Diez años más tarde: la mutua construcción de la universalidad como una herramienta para la consolidación democrática de los derechos humanos. VII. Conclusión. VIII. Referencias bibliográficas.*

Eva Natalia Vilchis Flores⁷¹
Kristyan Felype Luis Navarro⁷²

I. Introducción

Resulta evidente que, ante la amplia proyección de la conceptualización de los derechos humanos en México, a partir de las perspectivas de índole social, jurídica y filosófica, se ha articulado en los últimos años un debate cada vez más presente en la vida pública y privada, convirtiéndose este tema en cotidiano, en la mayoría de los discursos y diversas posturas. Ello sucede, especialmente, desde la última reforma en torno a esta materia al ordenamiento jurídico de mayor relevancia en el Estado mexicano; aquella que distingue el rango constitucional a todos los tratados internacionales de los que México forma parte y que tengan como núcleo el reconocimiento de los derechos humanos a partir del derecho internacional. Para México este suceso significó, desde 2011, un cambio sustancial en la vida nacional de manera interna y ante la comunidad internacional, cambio que sin duda alguna provoca un proceso de reestructuración de los sistemas paralelos de justicia.

El décimo aniversario de esta reforma es el momento idóneo para reflexionar no sólo sobre la propia relevancia de tan significativa modificación constitucional, sino sobre el proceso de apropiación de esta gama de derechos pertenecientes de manera tácita y explícita al texto fundamental para reconocer estructural y multidimensionalmente el peso de una perspectiva internacional cada vez más permeable en los procesos internos debido a los procesos de globalización.

No obstante, en un país tan diverso, convulso y compuesto por un gran telar de lenguajes distintos de dignidad como México, lo anterior es una tarea compleja, pues se entretreje con elementos diversos para constituirse, ello conduce a la necesidad de nutrir este

⁷¹ Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México. Maestra en Relaciones Económicas Internacionales y Cooperación Internacional AL-UE por la Universidad de Guadalajara. Actualmente se desempeña profesionalmente en el Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamastli de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco.

⁷² Licenciado en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Licenciado en Derecho y máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla. Máster en Ciencia Política y Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España. Máster en Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá de Henares, España. Doctor en Derecho por el Instituto Internacional del Derecho y del Estado. Candidato a doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla y por la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente se desempeña como Segundo Visitador General de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco.

discurso no sólo de manera atrayente, es decir, con una visión de fortalecimiento institucional, sino a través de una óptica absorbente e incluyente a nivel de fortalecimiento intercultural.

Este capítulo pone en la mira de manera particular el análisis del progreso evolutivo del sistema no jurisdiccional de defensa de los derechos humanos; más propiamente, aquel conformado por los organismos públicos de derechos humanos en México (OPDH); asimismo, cuestiona la validez conceptual de uno de los principios más peculiares de los derechos humanos: la universalidad axiológica de estos valores producto de la dignidad humana.

Al abordar dos ópticas, la teórica y la práctica, se parte de la hipótesis de que no hace falta un Estado más grande para la protección de los derechos humanos, sino uno más eficaz y que, por lo tanto, la mejora del sistema de defensa de los derechos humanos es un proceso continuo que desde hace más de 30 años en México busca la consolidación de mecanismos fuertes, que tiendan a escrutar sus fallas para reflexionar sobre estas y solventarlas desde dentro, ello para brindar un servicio público de mayor calidad y buscar mecanismos eficientes que coadyuven en la tarea máxima de los OPDH, aquella de sostener el dolor de las personas agraviadas en sus derechos más fundamentales y proteger a los grupos vulnerables por medio de la empatía y la eficacia jurídica.

Este texto hace un recorrido que parte de la historia sobre la conformación del sistema público de defensa no jurisdiccional de los derechos humanos en México, que comprende dos décadas antes de la reforma constitucional de 2011. Proceso promovido por el impulso por parte de la comunidad internacional y por las dinámicas propias de la globalización que generaron un efecto en el cambio del paradigma nacional de los derechos humanos.

Posteriormente, se interroga, a partir del punto de vista y estudio de distintos académicos, la característica cimentadora de los sistemas de derechos humanos: la universalidad. Se comienza a cuestionar sobre si el modelo eurocéntrico de los derechos humanos, exportado y adaptado, es o no un arquetipo vigente y se profundiza sobre ello especialmente desde la arista cultural. Al respecto, este texto pone especial énfasis en analizar la universalidad no en el mundo, sino como una proyección interna de la conciencia de dignidad.

La sección final se centra en la reflexión acerca de la necesidad de replantear la universalidad de los derechos humanos desde un punto de vista local y a partir de una ideología mutuamente constituida, que, por una parte, solidifique la estructura nacional de los derechos humanos como expresión axiológica de la dignidad y, por otra, construya institucionalmente mecanismos de protección más eficaces y coherentes con la realidad multicultural de la nación.

Este trabajo busca llamar a la reflexión en el décimo aniversario de un cambio tan sustantivo en el espíritu moral que engloba el primer párrafo del artículo 1º constitucional:

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 (CPEUM, art I).

II. Razones para la universalidad

El sistema de defensa no jurisdiccional de derechos humanos en México vive actualmente su tercera década de existencia, constituido por medio de un decreto presidencial como un organismo primero desconcentrado de la Secretaría de Gobernación para, posteriormente, evolucionar al estatus de constitucional autónomo.

Si bien es cierto que esta progresión se debió a una renovada ideología estatal manifestada en cambios de base filosófica en el país, también es justo destacar que tal adaptación tiene un fundamento que proviene del impulso internacional de mutua o multilateral construcción de estructuras sociales alrededor de los derechos humanos como idea universalizada.

Importa hacer una breve pausa para cuestionar el significado de la universalidad de estos derechos y dilucidar lo que este atributo quiere decir ahora, pues es este uno de los grandes pilares sobre los que se establece la necesidad o necesidades de construir un sistema adecuado para protegerlos, por lo que a nuestro parecer, esta palabra encierra una connotación mucho más profunda que la sola idea de tenencia indiscriminada por parte de todas las personas sin ningún tipo de menoscabo relativo a la particularidad de condiciones.

Nos inscribimos primeramente a la reflexión que Peces Barba (1994) hace al respecto sobre el múltiple significado de este elemento con relación a los derechos humanos, la cual indica que este atributo se manifiesta en tres matices: la universalidad de la titularidad, la universalidad temporal y la universalidad espacial.

La primera de estas nociones es la más filosófica debido al constante cuestionamiento de la calidad y las cualidades del ser humano para considerarse acreedor de estos derechos y, por lo tanto, el núcleo central del concepto teórico. El segundo plano es el temporal, que tiene que ver con el contexto histórico del pensamiento jurídico, por lo que puede entenderse por medio del estudio de los acontecimientos a la luz de los movimientos sociales. Finalmente, el último enfoque tiene más que ver con el espacio geográfico y con la o las perspectivas comunitarias que a través de una cosmovisión autónoma edifican el significado de los valores que dan vida a los derechos humanos y que varían de un sitio a otro:

Podemos decir que la primera supone situarse en el ámbito de la razón, la segunda en el de la historia y la tercera en el de la cultura y el del cosmopolitismo. Si la perspectiva desde la del pensamiento jurídico la primera suscita el interés especial de los filósofos del Derecho, la segunda de éstos y de los historiadores del derecho y la tercera de los constitucionalistas, de los comparatistas y de los internacionalistas (Peces Barba, 1994, p. 615).

Con relación a la idea anterior, y pese a la amplitud del término universalidad, no dejan de suscribirse problemas teóricos y críticas necesarias de considerar, pues responder a estas fortalece la noción de apropiación ideológica de los derechos humanos. A lo largo de este texto nos centraremos en reflexionar sobre la validez de este precepto universal, especialmente, a partir de lo que nombramos eurocentrismo conceptual de los derechos humanos.

III. Del modelo europeo de los derechos humanos a la validez universal

Uno de los más notables antecedentes en el estudio de los derechos humanos es el debate intelectual concentrado en la Europa de la Ilustración, entre los siglos XVII Y XIX, que transitó en una suerte de exportación de modelo ideológico, el cual no se preocupó ni escasamente por estudiar las características endógenas de la cosmogonía de los pueblos y territorios a los que arribó.

Partiendo de ello, es posible encontrar críticas razonadas sobre la validez del sentido universal de este concepto, ya que podría llegar a percibirse como “fórmula o “catálogo” prefabricado o preconcebido y, por lo tanto, carente de profundidad pragmática. En este sentido Levy Strauss afirma que esta idea conceptual conduce a la conformación de una mono-

cultura, por lo que afirma que “(...) no hay y no puede haber una civilización mundial en el sentido absoluto que concede a ese término, pues la civilización implica la coexistencia de culturas que ofrecen el máximo de diversidades, entre sí” (Strauss, 1952, pág. 77).

Consideramos esta postura como válida al cuestionar una idea general desde un posicionamiento histórico, el cual plasmamos al abordar la evolución histórica del sistema no jurisdiccional de derechos humanos en México; asimismo, reconocemos que la noción de universalidad de los derechos humanos ha llegado a ser utilizada como herramienta de la hegemonía de distintos actores en el ámbito internacional, pero no apoyamos la invalidación *a priori* del mencionado atributo porque nos atenemos precisamente a que dicha universalidad no sólo tiene bases historicistas, sino socio espaciales y filosóficas que deben y pueden interactuar para brindar una verdadera solidez conceptual por medio del diálogo intercultural, que, lejos de tener el objetivo de crear una “monocultura”, lo cual se estima imposible, tiende a reconocerse entre varias culturas, donde se perciben las carencias de cada una y se nutren de las demás para fortificarse.

IV. El proceso moderno de apropiación y validez cultural de los derechos humanos en México

Retomar la faz histórica de la evolución del sistema no jurisdiccional de protección a los derechos humanos en México es efectivo para profundizar sobre el propio proceso de consolidación y la importancia de la existencia de los OPDH. Uno de los antecedentes más fuertes tiene que ver con procesos de globalización cada vez más permeables en la vida nacional, nos referimos a las intenciones de México como actor internacional para relacionarse formalmente con sus semejantes.

Hablando del contexto histórico, este texto plantea como pilar la necesidad de retroceder a la época de fundación de los OPDH en México, aquel momento donde las relaciones comerciales comenzaban a ser vitales para integrar una comunidad internacional que se nutría de un avance tecnológico, científico y modernizador acelerado. Es todo menos una casualidad que en los años precedentes a la conformación de estos organismos se vislumbraba el apremio de crear una sintonía basada en el respeto de los derechos humanos. Dicha coyuntura funcionó como aliciente en la creación de todo un sistema que hasta hoy funciona de manera multidimensional en la constante lucha defensiva de los derechos humanos en el país.

Un claro ejemplo de ello es el Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre la Unión Europea y México, que, a pesar de haber sido firmado en su primera versión en 2000, fue material de una extensa negociación política desarrollada por poco más de diez años, debate que se profundizó en los últimos años del siglo XX, sobre todo en las aristas relativas a la observancia de los derechos humanos en México. Subrayamos que, a pesar de que México y Europa (primero continente y luego sistema regional) siempre tuvieron acercamientos interesantes de diversas índoles, fue hasta la última década del siglo pasado que consolidar este lazo de manera formal desde la trinchera tanto política como económica se convirtió en un imperativo diplomático-comercial, que además contenía beneficios multidimensionales para ambas partes.

Las primeras percepciones de esta intención se apreciaron antes de 1990; sin embargo, la tensión reinante en aquel momento no permitió que esta alianza fuera del todo rápida, por el contrario, la reputación del Estado mexicano con relación a los derechos humanos impidió que ese camino fuera sencillo. México evidenció un cambio de paradigma importante como catalizador de estas relaciones, uno de los más resaltables fue la creación, en 1990, de la Comisión Nacional de Derechos Humanos que, junto al Instituto Federal Electoral (ahora INE), sus homólogos estatales, el Banco de México o el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, entre otras instituciones, marcaba claramente la línea de la intención del Estado

mexicano por mostrar el compromiso con este ideal y aperturarse a las relaciones estratégicas con la comunidad internacional.

De manera específica, desde 1990, el Ejecutivo Federal abrió una vertiente gubernamental para conformar una política mínima de protección de estos derechos, por vía administrativa o no jurisdiccional, la cual culminó en 1992 con la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, y eso se concretó como un paso significativo para configurar un Estado garantista en sintonía con el derecho internacional (González Madrid, 2014).

John Ackerman (2006) señala que la creación de estos organismos autónomos o con una buena parte de autonomía durante tal época, provoca que México despunte como un caso sobresaliente a escala mundial.

A la par, se configuraron a nivel nacional sucesos crudos que constituyeron el ambiente idóneo para la creación de las defensorías públicas de derechos humanos. Desde los movimientos estudiantiles reprimidos en el 68; la Matanza del Jueves de Corpus en 1971; el asesinato de múltiples periodistas y defensores de los derechos humanos en los años precedentes a la década de los noventa; hasta el cuestionamiento en 1985 a la Procuraduría del Distrito Federal por evidencia de tortura en los interrogatorios, hecho que fue reconocido institucionalmente; dichos sucesos son el entorno propicio para la creación de la Dirección General de Derechos Humanos en 1989, instancia que se gestó dentro de la Secretaría de Gobernación y que actualmente se ha replicado dentro de múltiples instituciones gubernamentales de orden tanto federal como local,⁷³ decisiones de Estado que fueron una clara respuesta a la grave situación de derechos humanos que recrudesció en ese momento.

Tanto la materialización de la Comisión Nacional de Derechos Humanos como sus homólogas a nivel local fue posible gracias a la coyuntura temporal de fenómenos de trascendencia transfronteriza, cuyas bases se cimentaron en antecedentes poderosos no sólo de reformas estructurales internas o movimientos sociales a favor de la dignidad humana, sino especialmente de dinámicas internacionales que en aquel momento visibilizaron la necesidad de poseer un sistema propio de defensa de los derechos humanos fuera de la idea montesquina de aparato estatal, característica que *per se* le confiere a las defensorías del pueblo como atributo de fungir no solo como límite formal y material del poder estatal, sino como una barrera al poder político ostentado en sus representantes e instituciones.

Al hablar de dinámicas globales es inevitable señalar que el hecho de que estén plasmadas en las decisiones y políticas públicas tiene una clara razón de ser, pues, como lo menciona Isabel Villaseñor Alonso (2015), la globalización tiene un efecto ineludible en la relación entre los derechos humanos y las democracias, ello puede constatarse al comparar la evolución de los distintos sistemas nacionales, con la distinción clara de que existe una marcada diferencia para las configuraciones de tales derechos cuando se trata de democracias procedimentales-representativas, donde los impactos de la globalización son más notorios en los derechos económicos y sociales, pues estos sistemas están planeados desde la lógica liberal, que suelen preocuparse más por “[...] contemplar la igualdad moral de los individuos, pero hacen invisibles las asimetrías sociales” (Villaseñor, 2015, p. 1132); mientras que las democracias directas y participativas, con mayor horizontalidad y consulta, sufren de impactos más suaves a estos derechos cuando la globalización se implanta.

⁷³ Actualmente existen direcciones y subdirecciones encargadas de atender los diversos temas referentes a los derechos humanos dentro de distintas secretarías de estado e instituciones dentro de los diversos poderes, por ejemplo, la Sedena, SRE, Segob, la Fiscalía General de la República, la SCJN, incluso a nivel estatal, como la Subsecretaría de Derechos Humanos dentro de la Secretaría General de Gobierno.

Villaseñor (2005), al hablar de la edificación de los sistemas de derechos humanos en cada tipo de democracia, dice:

Por otra parte, otro aspecto de la globalización es precisamente el movimiento de los derechos humanos y su institucionalización no sólo a nivel estatal sino en ordenamientos supranacionales. En este sentido, la globalización es relevante en tanto que las democracias actuales son aceptadas por la comunidad internacional sólo en la medida en que la incorporación de los derechos humanos como política de Estado. La relación entre democracia y derechos humanos es por lo tanto indisoluble en lo que se refiere a la legitimidad en la arena internacional (pág. 1128).

La reflexión anterior funciona como una regresión analítica de las circunstancias que fundamentaron los orígenes del sistema no jurisdiccional de derechos humanos en el país. Ello coloca sobre la mesa lo válido y relevante de la apropiación de una idea universal conformada de momentos, luchas, incluso de sentimientos colectivos de injusticia, que desemboca en un interesante proceso de “porosidad” de fronteras con miras a la conformación de una ciudadanía universal cosmopolita basada en los derechos humanos.

V. Necesidad de una abstracción conceptual

Inevitablemente se desemboca en un cuestionamiento retórico al preguntarse acerca de la validez del concepto de derechos humanos como hoy en día se conoce, ¿acaso ha funcionado eficientemente y, sobre todo, tras la 2GM, tal como lo sugiere Santos de Sousa (2002), como un “guion emancipador” que conduce a complicaciones cuando se enfrenta a cosmovisiones distintas a las del modelo tradicional europeo? Esta reflexión es válida especialmente hoy, donde la globalización y la etnicidad son modelos dinámicos que conviven de manera cotidiana. En palabras del autor:

Hemos comenzado a hablar de una sociedad civil global, de igualdad global, de esferas públicas transicionales. El reconocimiento mundial de las políticas de derechos humanos está a la vanguardia de este proceso. La tensión no obstante, reside en que aspectos muy cruciales de la política de los derechos humanos es cultural (Santos de Sousa, 2002, pág. 61).

A partir de ello, se plantea una idea sobre globalización muy interesante y tendiente a nutrir la teoría de los derechos humanos, entendida desde una perspectiva transformadora, es decir, un proceso en constante cambio, cuya base son los grupos de relaciones sociales, que son todo menos inmutables. Por ello, cuando las relaciones sociales cambian, la globalización debe de hacerlo también. Se critica duramente, por lo tanto, una visión conceptual de los derechos humanos con bases completamente capitalistas o “de países centrales” ya que dicha concepción es escasa o incompleta para comprender la complejidad de un universo aglutinante de cosmovisiones complejas. Es decir, la verdadera globalización como proceso transformador no sólo supone movimientos verticales descendentes, sino ascendentes (localismos) y horizontales.

La validez de innumerables ideas, entre ellas el lenguaje de los derechos humanos, requieren muchas veces de la especificación local,⁷⁴ ya que distan en lo pragmático de ser solo procesos de globalismo (histórico, social o jurídico) desde arriba, por el contrario, son procesos tan complejos que inevitablemente se vuelven lenguajes de dignidad humana, en cuya confluencia se encuentra la verdadera “validez universal”.

De no entender la necesidad recíproca de múltiples visiones de dignidad o de los diversos lenguajes de los derechos humanos, no se obtendrá una legitimidad local.

⁷⁴ Ver, Santos, Boaventura de Sousa (2002), “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, *El otro derecho*, n. 28, ILSA, Bogotá, Colombia.

Uno de los grandes problemas es que, pese a que se reconocen diversos regímenes de derechos humanos en el mundo, dígame del régimen europeo, el interamericano, el africano y el asiático; ha sido solamente el primero el que se ha expandido y exportado como universal. Teóricamente es un hecho incuestionable, un catálogo constitucionalmente aceptado y acreditado tal como sucedió con la reforma de derechos humanos de 2011 en México, la dificultad en su aplicación contrasta en la acción que en innumerables ocasiones ha sido justificación de actuaciones injustas abanderadas con dignidad y desarrollo

La dificultad de comprender desde una ideología política de perspectiva occidental a los derechos de la naturaleza radica en que la perspectiva occidental se distingue por colocar al ente humano en el medio de toda consideración, al hombre en el centro de la dignidad, mientras que, para las distintas cosmovisiones de muchos pueblos originarios, esta idea es histórica y generacionalmente opuesta, pues la naturaleza o la madre tierra es un ente vivo, por ello es titular de derechos, que en muchas ocasiones contrastan con los atribuidos a los seres humanos; ¿cómo se podría llegar a concebir un ente no humano en medio de las consideraciones como lo hacen otras culturas?; o dicho de otra manera, desde un entorno neoliberal, donde la sociedad es profundamente individualista, ¿cómo se puede comprender del todo la dignidad de la colectividad?, o desde una institucionalidad enraizada-mente patriarcal, ¿cómo es posible atender los alegatos feministas?

Se plantea que el reconocimiento de que los diferentes lenguajes de la dignidad, basados en la idea de que cada cultura tiene preocupaciones valiosas, es mutuamente significativo e inteligible para las demás concepciones, es decir, debido a que cada cultura es un universo, el intercambio entre ellas es infinitamente enriquecedor y profundamente necesario.

En el campo de los derechos humanos y la dignidad, la movilización de apoyo social a las reivindicaciones emancipadoras que contienen potencialmente sólo es alcanzable si tales reivindicaciones han sido aprehendidas del contexto cultural local. La aprehensión, en este sentido, no se puede obtener de la canibalización cultural. Ella requiere diálogo intercultural y hermenéutica diatópica (Santos de Sousa, 2002, pág. 70).

VI. La universalidad desde una ideología mutuamente constituida

Boaventura de Sousa Santos (2002) se refiere a la premisa universal de que los valores axiológicos de toda cultura individual son genuinamente incompletos sin importar lo sólido que dicha cultura considere sus propios valores; estos son tan inacabados como la propia cultura cuna de ellos y, por lo tanto, la hermenéutica diatópica⁷⁵ no plantea alcanzar la completud, sino concienciar la imposibilidad de alcanzarla por sí misma y trazar la necesidad absoluta de reconocer la parte faltante en otra cultura.

Los derechos humanos precisan continuamente de completud, pues es esa su propia naturaleza, esta completud es únicamente cercana cuando se establece un vínculo sólido con la realidad (localización), así, “el reconocimiento de la incompletud y debilidad recíproca es una condición *sine qua non* para un diálogo intercultural” (Santos de Sousa, 2002). Es decir, el defecto práctico más profundo de un sistema de defensa de los derechos humanos es la falta de diálogo intercultural, por lo que la hermenéutica diatópica propuesta se construye en la apropiación que deriva de la permeabilidad alcanzable mediante el arraigo cultural y legitimidad local. Los derechos humanos como ideología occidental siempre serán un catálogo incompleto mientras no se parta o se nutra de una concepción mestiza de dignidad.

75 De Sousa Santos, denomina “hermenéutica diatópica” al reconocimiento de la naturaleza incompleta de cada cultura y la necesidad de entrar en diálogos entre culturas que desemboque en un discurso y práctica de los derechos humanos desde una visión cosmopolita.

Claro que esta visión no está exenta de dificultades, especialmente aquella que conlleva al ejercicio de autorreflexión de la cultura y sociedad, donde cada persona se ha construido para aterrizar en una reconstrucción mutua de los valores más profundos de los seres humanos, pero ¿acaso la historia de la humanidad no es fruto de esa misma transformación constante?

Ante ello existen contra-críticas igualmente considerables, pues abordan la misma situación desde otra perspectiva válida, por ejemplo, la que enarbola Pérez Luño (2007), quien reconoce que, aun cuando las críticas a la universalidad dentro del plano político, filosófico y jurídico tienen usualmente la tendencia a erosionar la idea, a su vez la construyen, es decir, nutren el debate más que invalidar.

Ejemplo de ello es precisamente la discusión sobre lo aceptable o inaceptable de la contextualización de los derechos universales, lo que para Pérez Luño es llamado “comunitarismo” y que define como aquella visión abstracta, ideal y desarraigada de los derechos y libertades, dotados de un significado cultural, histórico y deóntico diferentes. Características que, si bien pueden dotar o “completar” la significancia de este tipo de derechos, también están en riesgo de caer en un pluralismo cultural impuro, es decir, un relativismo, donde el derecho a la diferencia pueda corromperse con justificaciones inexactas para inhibir las violaciones sistemáticas e inhibir mecanismos basados en la universalidad.

(...) se corre el riesgo de confundir la propia idea de racionalidad, al hacer inciertos y vagos sus perfiles hasta el punto de que no se sepa muy bien de qué tipo de “racionalidad” estamos hablando. El pluralismo cultural, o sea, el reconocimiento de una realidad plural de tradiciones e instituciones políticas y culturales, no debe confundirse con el relativismo cultural, es decir con el mito de que todas las formas de cultura poseen idéntico valor (Pérez Luño, 2007).

Dicho autor entreteje esta respuesta, no omite reconocer que efectivamente conviene y nutre reflexionar sobre la imposición coactiva de universalidad como un modelo político-cultural europeo, que deviene de esquemas institucionales y nociones de “racionalidad” diametralmente opuestas o sustantivamente divergentes a los lugares fuera de dicho territorio, es decir, al usar el escudo de universalismo se intentan imponer instituciones, lo que realmente sucede es el reimplante del “eurocentrismo, neo imperialismo o neocolonialismo, por más que ello se pretenda disfrazar de retórica universalista” (Pérez Luño, 2007, págs. 100-101). En vista de ello, es totalmente vigente que los países periféricos⁷⁶ cuestionen tales estructuras; que efectivamente han sido telón para ocultar injusticias históricas y crear hábitos compartidos que poco tienen que ver con lo local, consumismo o explotación de personas y recursos, por ejemplo.

Por otra parte, desde la óptica de este autor, es preciso mencionar una reflexión más, la que atañe a la crítica jurídica de universalidad, planteada desde la interrogante del derecho positivo, particularmente al cuestionamiento de hasta dónde los derechos humanos deberían fundamentarse en el orden jurídico de los Estados democráticos de derecho. Para Pérez Luño hay una intrincada, pero severa diferencia, y esta es que el carácter de universalidad como condición ontológica de los derechos humanos, lo que no sucede igual para los derechos fundamentales debido a la manera en la que ellos se contemplan en los ordenamientos estatales. Visto de esta manera, tal autor plantea una distinción sumamente enriquecedora al predicar la universalidad de los derechos humanos:

⁷⁶ Pese a que el autor referido en su texto original utiliza en distintas ocasiones el término “Tercer Mundo” para referirse a los países fuera del radar europeo, cuna histórica de los derechos humanos. Hemos decidido alejarnos de esta concepción, ya que para nosotros resulta caduca desde hace por lo menos tres décadas y suplirlo por el término “países periféricos” y adherirnos a una concepción interpretativa de la dualidad de centro-periferia a partir de las teorías capelinas del desarrollo.

Como universalidad *en* los derechos humanos; y como universalidad *de* los derechos humanos. La primera, en sentido extensivo y descriptivo haría referencia a si los derechos humanos son universales, porque han sido acogidos en los ordenamientos jurídicos, La segunda, en sentido intensivo y prescriptivo, plantearía si la universalidad es un rasgo inherente o constitutivo del concepto de derechos humanos (...) las críticas jurídicas tienen sentidos cuando cuestionan la universalidad en los derechos humanos, pero sigue manteniendo intacta validez (*sic*) el carácter necesariamente universal de los derechos humanos (Pérez Luño, 2007).

Finalmente, entre Santos de Sousa y Pérez Luño, existen diferencias y conceptos enriquecedores. Para el último, el carácter universal de los derechos humanos no puede supeditarse ni al relativismo cultural ni al esfuerzo constructivo tendiente a la a realización, pues ello se desenvuelve en ámbitos policéntricos, esta es la principal contradicción entre él y Santos de Sousa, quien reaviva esta condición como irremplazable; no obstante, ambos coinciden en la determinación de que la dimensión deontológica de los derechos humanos cae en la necesidad de completarse por medio de las vigencias consensuadas o localizadas entre personas y pueblos y más allá de ello, esto es una tremenda coincidencia que parte desde orillas opuestas, la necesidad insoslayable de hablar en la actualidad de la “concepción multicultural de derechos humanos”, para de Sousa, o la universalidad de estos derechos desde el “*humanismo cosmopolita*” como proyecto de la modernidad, por parte de Antonio Pérez Luño.

Para Santos de Sousa, dentro de esta idea de cosmopolitismo, la noción universal de derechos humanos es siempre inclinada a la completud, mientras que para Pérez Luño este mismo atributo con todas sus conocidas carencias cumple una función preponderante de evitar la fragmentación deontológica de dicha construcción imperativamente delicada y fruto del diálogo abierto entre distintas culturas.

VII. Diez años más tarde: La universalidad mutuamente constituida como una herramienta para la consolidación democrática de los derechos humanos

Desde diferentes perspectivas y aún a la sombra de distintos resultados analíticos hay coincidencias importantes, en cuanto a la validez del carácter universal de los derechos humanos. Si bien, este texto no se centró en fragmentar y estudiar el proceso jurídico que desde hace años ha desembocado en la continua transformación y consolidación del sistema público de defensa de los derechos humanos y, por ende, la creación de los organismos públicos defensores de derechos humanos y la reforma que ha elevado a rango constitucional los derechos humanos reconocidos por México, que obliga al respeto irrestricto por parte de todas las personas y autoridades; sí se pre-ponderó la reflexión sobre un atributo que consideramos más resaltante para acentuar la importancia actual de hacer los esfuerzos necesarios por robustecer el sistema de defensa de derechos humanos en el país, pero no de manera exponencial, sino introspectiva. Se trata de fortificar el significado pragmático de la noción de derechos humanos.

Consideramos que los esfuerzos hasta ahora realizados no han sido ni pocos ni en vano, es posible percatarse de considerables diferencias entre el lenguaje de derechos humanos de hace 35 años, época previa a la constitución de la CNDH; hace 15 años, periodo donde se vislumbraba la posibilidad de elevar al rango constitucional, y la época actual. Simplemente en el discurso cotidiano, a nivel político, económico, educativo o social, no hay sorpresa al escuchar que el término reluzca cuando se conversa sobre la justicia y la dignidad. Ese hecho por sí mismo no es de menoscabar, ya que son el esfuerzo compartido y colectivo entre otra serie de factores los que han hecho posible una movilización cada vez más radical⁷⁷ y basta.

⁷⁷ Utilizamos el término radical con base en el significado etimológico de la palabra: *radicalis* (relativo a la raíz).

Hay que decir que la consolidación efectiva del respeto irrestricto de los derechos humanos corresponde no sólo a aquellos a los que más obliga la constitución (las y los servidores públicos), sino también es necesario para todas las personas que conforman las sociedades desde lo micro hasta lo macro y viceversa. En la medida en la que la absorción de la idea de respetar, promover, proteger y garantizar los derechos humanos forme parte de una conciencia colectiva integradora de la mezcla de concepciones de la dignidad humana, el sistema de protección de estos estará cada vez más consolidado.

De allí que para disponer de medios efectivos de acceso a la justicia y la protección de este tipo de derechos es preciso reflexionar, auto reflexionar y repensar los sistemas, procesos y mecanismos, pues, si bien es posible argumentar que el respeto irrestricto puede ser una entelequia, ello no significa que en el proceso de acercarse cada vez más a la cimentación de una cultura cuya base sea la dignidad y el respeto a los derechos humanos no pueda ser perfectible para lograr que las oportunidades, canales, medios, procesos y sistemas para que las víctimas de violaciones de derechos humanos disminuyan y la reparación integral del daño sea más factible.

De esta forma, consideramos que uno de los elementos más importantes consiste en ver el significado de apropiación de los derechos humanos a nivel local, pues solo al integrar distintas visiones para la consolidación de un sistema apropiado es que es posible evitar la esterilidad de conceptos que, si bien son producto de luchas humanas de trascendencia transfronteriza por el bienestar colectivo, son también modelos importados que necesitan llenarse de contenido ideológico mutuamente constituido, ello con base en dinámicas de integración, donde las defensorías del pueblo en México juegan un papel fundamental, especialmente a nivel estatal, pues son las más cercanas a las personas, ya que, como lo mencionan Hernández Barrón y Chávez (2019), son las defensorías las principales artífices institucionales de efectivizar el derecho y, más allá de ello, nos atrevemos a decir: de encarar la injusticia.

Sucede que encarar la injusticia no se puede hacer sino a nivel local, a nivel de piso, porque es allí donde las violaciones de los derechos humanos y el uso excesivo del poder se suscita, por ello es esencial defender la legitimidad de las defensorías de derechos humanos, pues son ellas sistemas de contrapeso necesarios e imprescindibles para equilibrar el poder y herramientas insustituibles de la sociedad para garantizar el Estado de derecho en México.

Por ello, es impensable que alguna otra institución gubernamental central pueda o pretenda cumplir aquello para lo que han sido concebidos los organismos protectores de derechos humanos en México, por muy buenas intenciones que se tenga en una administración temporal bajo mandato específico, incluso si es moralmente inmaculado.

Las defensorías estatales y sus representaciones deben ser parte de la sociedad, porque solo así pueden representar sus intereses, los intereses democráticos tanto de la mayoría como de las minorías. Es claro que hay que repensar el ordenamiento de las defensorías públicas desde varios puntos de vista, donde uno de los más importantes es el territorio. Los OPDH deben estar al alcance de las personas vulneradas, en un lugar donde sea posible divisar la realidad inmediata, los servidores públicos a cargo deben ser mujeres y hombres capacitados para responder a la complejidad cultural de la realidad local con la menor demora posible, deben tener los medios suficientes para ello. El sistema público de defensa no jurisdiccional de los derechos humanos se debe pensar y repensar constantemente bajo estas premisas, debe estar abierto a integrar ideas que completen a partir del diálogo intercultural concepciones originarias de dignidad, las defensorías públicas de derechos humanos de México deben integrarse socialmente, analizarse de manera constante y eficientar sus procesos desde el núcleo.

VIII. Conclusión

No se debe olvidar que la esencia de los organismos protectores de los derechos humanos es el servicio público. Las defensorías no son una representación gubernamental, diplomática o administrativa de un gobierno central, su propia naturaleza las concibió como una representación social, especialmente de las víctimas, los grupos y las personas en situación de vulnerabilidad. Este texto ha centrado sus esfuerzos en dibujar la realidad compleja para sugerir fuertemente la necesidad de no minar esfuerzos para construir y reconstruir el significado integral del sistema público de defensa no jurisdiccional de los derechos humanos.

Las defensorías públicas de derechos humanos o los organismos públicos defensores de derechos humanos son el resultado de un largo proceso histórico e institucional, que tuvo como principal motor desastres humanos y sociales, y que encontraron a uno de sus mejores productos en un andamiaje complejo de instituciones autónomas del poder del gobierno, ciudadanizadas, como lo son las defensorías públicas.

Estas sustanciales estructuras defensoras fueron una respuesta, concebida, articulada y puesta en marcha como instituciones con recursos provenientes del erario público, autónomas de los gobiernos, con resoluciones que tienen su mayor fuerza en ser guías, horizontes y canales del comportamiento tanto de los servidores y servidoras públicas como del poder gubernamental. No fueron ni han de ser concebidas ni configuradas como entes con resoluciones directamente vinculantes, pues ello desvirtuaría su esencia más profunda e invadiría esferas competenciales de otras instituciones y poderes. En este documento se propone que la ruta institucional correcta es el fortalecimiento de las defensorías públicas y no su debilitamiento, dilapidación mediática y social y menos aún su desaparición, lamentable camino este último, pues no solo afectaría los procesos de consolidación democrática de muchas naciones, sino que además tiraría por la borda siglos de esfuerzo y sufrimiento de personas que lucharon por el respeto de la dignidad.

Las defensorías públicas de derechos humanos son, en realidad, una incomparable herencia institucional de la humanidad y parte de su patrimonio. Su objetivo más noble es defender los derechos fundamentales, siempre centradas en la dignidad, concebida y re concebida continuamente. Sus resoluciones más fuertes, las recomendaciones, no son metas aspiracionales o forzosas a alcanzar, son sólo y simplemente las condiciones mínimas con las que se deberá contar en este planeta para que todas las personas gocen de una plataforma justa sobre la base de la igualdad de oportunidades.

El cumplimiento y respeto de los derechos humanos no debería ser la gran aspiración, sino el suelo parejo donde toda persona debe nacer y llevar a cabo el desarrollo integral de la personalidad; uno de los derechos fundamentales más relevantes. El actuar y resolver de las defensorías no debe ser vinculante o forzoso, sino guía en el avance del lastimoso y tortuoso camino de la humanidad hacia el horizonte factible enmarcado por la dignidad y la justicia.

Proponemos que, a diez años de la reforma constitucional que elevará el significado del derecho internacional de los derechos humanos en México, la tarea no se ha terminado, es importante mirar hacia el exterior, porque no es posible negar la herencia humana que han dejado sus distintas luchas por sus derechos más primordiales, pero es vital ver también hacia el interior, pues dentro es donde ellos cobran significado, generan cambios, alzándose como una herramienta más poderosa contra el abuso del poder, convirtiéndolo en el idioma legítimo construido de diversos lenguajes de la dignidad humana.

IX. Referencias bibliográficas

- Ackerman, J. (2006). Estructura institucional de rendición de cuentas: lecciones internacionales y reformas futuras, *Serie Rendición de Cuentas*, n. 9, Auditoría Superior de la Federación, México
- Bárcena, A., Bielschowsky, R & Torres, M. (2018) “El séptimo decenio de la CEPAL: una reseña de su producción intelectual” en *Desarrollo e igualdad: el pensamiento de la CEPAL en su séptimo decenio*, Coords. Bielschowsky & Torres, CEPAL, Santiago de Chile, Chile.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM] (2021) Art. 1º, párrafo 1, 1917 (México).
- González Madrid, E, *et al* (2014) “Los derechos humanos y su protección. Los antecedentes de las reformas de 1992-2011” en *México entre siglo. Contexto, balance y agenda*, UAM/PRD, México.
- Hernández, B & Chávez, J. (2019) “Las defensorías del pueblo en México como límites al poder” en *Autonomía de los Organismos Públicos de Derechos Humanos*, Joaquín Narro Lobo (coord.), CNDH, México.
- Levi- Strauss, C. (1967) *Race et histoire*, UNESCO, París, 1952
- Peces-Barba, G. (1994) La universalidad de los derechos humanos, *Doxa* N. 15-16, Universidad de Alicante, España
- Pérez Luño, E. (2007). La universalidad de los Derechos Humanos, *Derecho y Cambio Social*, 4 (9), 2007.
- Santos, B. de S. (2002) Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos, *El otro derecho*, n. 28, ILSA, Bogotá D.C., Colombia.
- Santos, B. de S. (2020) “Los derechos humanos: una frágil hegemonía”, en *Construyendo las epistemologías del sur para un pensamiento alternativo de alternativas*, Vol. II, CLACSO.
- Sartori, G (9 de diciembre de 1998) *En defensa de la representación política* [Conferencia dictada en el Congreso de los Diplomáticos con motivo del vigésimo aniversario de la Constitución española de 1978]
- Villaseñor Alonso, I. (2015) La democracia y los derechos humanos: una relación compleja, *Foro Internacional*, octubre-diciembre, N, 4, Vol. (1), pp., 1115-1138, el Colegio de México, México.

Capítulo X

Interpretación del principio personalístico a raíz de la reforma constitucional de 2011

Sumario: I. Introducción. II. ¿Qué se debe entender por principio personalístico? III. Reconocimiento y aplicación del principio personalístico en la constitución y en las reformas estructurales. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.

Rogelio Barba Álvarez⁷⁸
María Camerina Orozco Sosa⁷⁹

I. Introducción

El principio personalístico es una creación típicamente italiana, que asume un contenido jurídico del humanismo, nace en un movimiento cultural que se desarrolló en dicho país a la mitad del siglo XIII y hasta el siglo XIV, caracterizado por una renovada centralidad del hombre, de las obras humanas, de la recuperación de la civilidad espiritual y literaria grecolatina.

El humanismo, como concepto filosófico, es una posición de los problemas teoréticos inversa a las antiguas formas del empirismo y del apriorismo. En vez de valorar el conocimiento en función de la realidad, lo hace por su utilidad o aplicaciones. Una proposición es verdadera o falsa, según que sus consecuencias tengan o no valor práctico. La verdad y la falsedad dependen del fin al que se tiende; toda vida mental supone fines, pero como estos fines no pueden ser otros que los de nuestro ser, se infiere que todo conocimiento está subordinado a la naturaleza humana y a sus necesidades fundamentales.

Algunos aspectos de una aureola con espíritu humanístico son individualizados en Italia, en particular se logran las motivaciones ideológico-históricas de las propias reivindicaciones personales en la confrontación contra el imperio, se reclama con nuevos argumentos la teoría medieval, que ve en el poder político un reflejo de la majestuosidad divina representada en la tierra, y compartida por los respectivos órdenes del papa y del emperador, donde fluye únicamente la legitimidad de cada derecho en particular. En alternativa, se reivindican y multiplican en las tradiciones comunes, y surgen héroes fundadores, a menudo troyanos o griegos, aunque también ilustres romanos, que justifican cada una de estas propuestas universales (Pastore, 2014, pág.12).

La práctica de las instituciones comunales obliga a los laicos el empeño de una cultura adecuada, cultura retórica en el sentido propio y clásico de *ars e peritia dicendi* -el arte de la habilidad de hablar- (donde la instrucción medieval había puesto el acento más allá sobre *ars dictandi* -arte del dictado-) con el fin inmediato de persuadir, ordenar y dominar las opiniones, es con este objetivo que se recurre a los ejemplares antiguos y se remiten a la conciencia en honor a las oraciones de cicerón y a los manuales que se dirigen a la formación del orador, de esta manera se rinde accesibilidad a las clases emergentes (Pastore, 2014, pág. 12).

Por lo tanto, era humanista aquel que hacía la profesión de cultivar, de enseñar las artes literarias, es decir, disciplinas literarias en sus distintas expresiones; la gramática, la retórica, la exégesis de textos de la antigüedad, por ejemplo.

⁷⁸ Profesor investigador de la Universidad de Guadalajara, rokame00@hotmail.com.

⁷⁹ Profesora de la Universidad de Guadalajara rokakoan@hotmail.com.

Todas estas tareas se mantienen en uso por la escuela medieval, más allá de esta subsistencia de un esquema impuesto de objetivos necesarios y oportunidades didácticas que, en el siglo XIV, eran impuestas por el Petrarca, por lo que comenzó a delinearse en diversos conceptos de los métodos y los fines propios al estudio de las ciencias morales con singular dignidad y calidad humana.

Esta idea de humanismo encontró su fuerza legitimadora en la razón humana, encarnada de forma semántica en ley pública general y abstracta, de la cual la constitución forma el núcleo legitimador en el que se funde.

II. ¿Qué se Debe Entender por Principio Personalístico?

Para Ferrando Mantovani (2007), el principio personalístico se identifica con el individualismo “personal”, que indica una visión integral de la personalidad humana en el entorno en el que vive, trabaja, estudia, se desarrolla y se realiza, junto a los derechos fundamentales de cada ser humano que encuentra su propia dimensión y medida en la coexistencia y amparo recíproco con los otros, por lo cual, en cada posición y cada ley que, en nombre de la libertad individual desconozca los derechos de los otros, una especie de personas débiles e indefensas, no es personalística, sino utilitarismo individual egocéntrico y egoísta (p. 165).

La Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos, aprobada el 10 de noviembre de 2011 por el Congreso de la Unión, y promulgada por el Ejecutivo federal, constituye un gran logro para la consolidación del Estado de derecho, que había sido, en muchas ocasiones, criticado por la falta de ponderación de los derechos humanos en el ámbito internacional⁸⁰.

Después de esta reforma, México ha saltado a los primeros planos en materia de defensa y promoción de los derechos humanos. La Organización de las Naciones Unidas y no pocos Estados del orbe saludan con entusiasmo que México se haya atrevido a catalogar su nombre entre las naciones con aspiraciones realmente civilizadas (Zamora, 2011).

El 11 de junio entraron en vigor las reformas constitucionales en materia de derechos humanos. Con ello surge una relación nueva entre el ámbito del derecho y las facultades que poseen los poderes del Estado mexicano y las tres instancias de gobierno, que tienen la obligación de conocer, velar y cumplir dichas disposiciones legales.

Señala el nuevo artículo 1º constitucional:

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.

La proclamación del principio personalístico que se encuentra en la constitución pone en el primer puesto de jerarquía de valores a la persona, donde es la antítesis de cualquier concepción utilitaria del ser humano como entidad biológica, sociológica o económica, y protege cada instrumentalización, en función del egoísmo público colectivo como del egoísmo privado individual; asimismo, establece límites a la actuación del Estado y de los particulares. Se encuentra en primer lugar en el reconocimiento del artículo 1º, segundo párrafo, proclamado en los derechos inviolables del hombre en su doble dimensión, ya sea individual

⁸⁰ Exposición de motivos de la reforma.

y social, y de los parámetros de la dignidad social e igualdad jurídica sin discriminaciones con todas las ulteriores y coherentes especificaciones, por el cual, los derechos y las libertades caracterizadas de manera acentuada con relevancia individual y política y estrictamente sin ausencia de intervenciones subjetivas.

El corolario personalístico se encuentra en la indisponibilidad del ser humano, ante todo, por manos de otros,⁸¹ donde en dicha tutela se articulan principios jurídicos consagrados también en disposiciones internacionales; a saber: la Declaración Universal de Derechos Humanos:

Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:⁸²

- Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.
- El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.
- Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.
- Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.
- Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu. Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre.

A partir de la reforma constitucional, en sentido personalístico, se construyó para el hombre un proyecto racional de organización social o, mejor dicho, se condensaron las ideas básicas de proyecto racional en un pacto fundador y generoso. En este pacto, se permite el orden sistemático y racional de los derechos de la persona, se garantizan los derechos fundamentales y se organizan de acuerdo a criterios internacionales.

De esta manera el derecho encontró su fuerza en la razón humana, encarnada de forma sistemática de ley pública general y abstracta, donde la constitución es el núcleo en el que se legitima.

En esta novedosa reforma, donde, por un lado, reconoce los derechos humanos a nivel internacional y el principio personalístico, por otro, debería tener en cuenta la necesidad de abrir un diálogo con reglas extralegales, es decir, requiere que se adopten las informalidades normativas o reguladoras de los diversos grupos sociales y, simultáneamente, observar algunos requisitos básicos, como:

⁸¹ Hay, por ejemplo, absurdos en notas internacionales donde se encuentra el total desprecio a los derechos fundamentales, ello denigra la dignidad de las personas, cuando los seres humanos son traficados y explotados, sexual o laboralmente; por ejemplo, una maquiladora obligaba a empleados a "usar pañales" para no perder tiempo al ir a los baños
<http://www.hondudiario.com/?q=node/1318#sthash.Ul1OJNov.dpufh>

⁸² Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

- a) Constituir expectativas regulares de comportamientos.
- b) Estas regulaciones deben tener conexión inmediata con las normas jurídico-constitucionales.
- c) Estas regulaciones deben tener un fundamento de validez jurídica y ser legitimadas por un proceso de constitución de la voluntad de las mayorías.

En resumen, se trata de definir jurídicamente la constitución como un sistema normativo abierto de reglas y principios legítimos desde el punto de vista de las expectativas de los diversos actores sociales.

Así sería posible comprenderla jurídicamente como un pacto con fuerza normativa vinculante y dirigente (tal y como se acaba de concebir en su máxima expresión modernista), al mismo tiempo en que dialoga con los acontecimientos del mundo del ser. Al responder las innovaciones jurídicas, se tendría la posibilidad del diálogo de la normatividad universal, propio de la modernidad, como las informalidades cotidianas y típicas de un medio social revelado por la post modernidad.

III. Reconocimiento y aplicación del principio personalístico en la constitución y en las reformas estructurales

La vida como valor, como derecho, bien jurídico o interés es la piedra angular donde el principio personalístico encuentra su máxima expresión como bien fin primario.

3.1. El principio personalístico en la vida humana

La vida cuenta con un solemne reconocimiento internacional; en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 3º: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona), en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (art. 6º: El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente) en la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de san José” (art. 4º: toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente).

Paradójicamente, la vida, en la constitución mexicana, no encuentra reconocimiento expreso. Sin embargo, no es obstáculo para su protección, pues se debe hacer una interpretación de base iusnaturalista en el texto constitucional, donde se reconozca a la vida y la integridad personal (art. 29. En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal), (art. 4º. Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento) y se prohíbe la pena de muerte (art. 22).

Es por todo esto que el derecho a la vida se pondera en posición primaria, entre bienes esenciales por la constitución y como tal, la respuesta de su reconocimiento cuando menos se encuentra implícitamente. Y como tal va constitucionalmente reconstruido, en toda su centralidad y claridad de significados, a la luz de las siguientes características:

- 1) Que el nuevo ordenamiento constitucional otorga el reconocimiento personalístico, el cual, de manera solidaria, está expreso en el art. 1º, segundo párrafo, “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, expone en el propio centro la persona, en la cúspide físico-psíquica, en la dimensión individual y social, y reconoce los derechos inviolables a favor del pleno desarrollo mediante la imposición legislativa nacional e internacional, remueve los obstáculos limitadores de orden económico y social a los individuos y del cumplimiento de los deberes inderogables

- de solidaridad política, económica y social.
- 2) Que el reconocimiento a la tutela del derecho a la vida es el presupuesto y el soporte de la manifestación del desarrollo de la personalidad. Ello tiene implícito la tutela del ejercicio de que todos los derechos sean individuales o sociales, porque, para ser sujeto libre y de derechos, se necesita estar vivo.
 - 3) Que la jerarquización entre bienes fin, constituidos por los derechos fundamentales de la persona y los bienes relacionados con la familia, a la administración del Estado, a la comunidad, son instrumentalizados para la conservación, dignidad y desarrollo de la persona, en su dimensión individual y social, por lo tanto, son bienes tutelables en los límites de la funcionalidad y tienen un sentido en función de la postulación de la vida como bien supremo.
 - 4) El derecho a la vida, en sentido personalístico, eleva este bien como derecho inviolable por excelencia, por lo que, en las legislaciones ordinarias, está prohibido matar, aunque se cometan delitos muy graves.

Que la vida no encuentre reconocimiento expreso en la constitución; sin embargo, como derecho es inviolable y tiene confirmación en la jurisprudencia y en los tratados internacionales. Es tan elemental su reconocimiento, que el derecho penal encuentra su justificación esencial al elevar la vida como bien jurídico penal, el problema radica en el origen de la vida, pues, en la doctrina, por ejemplo no hay discusión que el bien jurídico en el aborto es la vida; no obstante, se plantea la pregunta, si el objeto de la acción en el aborto es el ovulo ya fecundado, antes de su nidación (teoría de la fecundación) o si dicho objeto surge una vez producida la fijación en el óvulo fecundado en las paredes del útero -teoría de la nidación- (Bacigalupo, 1999, p.1); a pesar de ello, no nos detendremos a exponer el desarrollo doctrinal, pues se aparta del tema principal, que es el principio personalístico en la vida como derecho humano.

3.2. Principio personalístico en la dignidad humana

La dignidad humana indica una particular posición del ser humano frente a otros seres de la naturaleza y, consecuentemente, una particular consideración que debe ser reservada, se trata de una cualificación normativa y no puramente empírica, con base en ello, el ser humano es un valor en sí mismo y por ello se le debe respeto. La historia de las naciones que reconocen la dignidad humana cuenta con tres grandes problemas, en qué consiste la cualificación normativa que reconoce la dignidad humana, cuál es su extensión y cómo se afronta en las relaciones intersubjetivas y sociales.

Por lo tanto, todos los seres humanos, como personas, gozan de un estatuto moral pleno y universal, las consideraciones y las responsabilidades reconocidas a cada persona constituyen el fundamento de los derechos humanos y de la dignidad humana (Ferrajoli, 2002, pág. 5).

La conexión entre derechos y dignidad permite la instauración de una práctica socio-jurídica, fundada sobre consideraciones igual y sobre la equidad en el respeto de dos conceptos que se relacionan entre sí, y que son portadores de algunas características normativas relevantes, como la universalidad y la inclusividad.

El respeto de la dignidad humana entra en la constitución como derecho fundamental de primera línea, propiamente, hasta las adiciones, modificaciones o reformas que involucraron a los artículos 1°, 2°, 4°, 18 y un párrafo, de la fracción III, del artículo 115⁸³, específicamente, el quinto párrafo adicionado al artículo 1°, que dice:

⁸³ Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001.

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, 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.

La dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos; constituye a la persona como un fin en sí mismo, e impide que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarla de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad. La dignidad es un valor inherente a la persona, que se manifiesta a través de la autodeterminación consciente y responsable de su vida y que exige el respeto de ella por los demás.

En ella, se constituye el valor supremo y, en el principio jurídico, que conforma la columna vertebral básica de todo Estado de derecho y es fuente de todos los derechos fundamentales, esparcido en todo el sistema jurídico que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor manera.

La dignidad de la persona determina una concepción instrumental del Estado, una visión personalística de este. En la medida que este existe en función del desarrollo de las personas, se vincula y relaciona con la soberanía estatal mientras le fija su fundamento último, ya que ella se ejerce por el pueblo, que es el conjunto de personas dotadas de dignidad humana, espacialmente localizada y temporalmente desarrollada, públicamente vivida y abierta al futuro.

La dignidad humana expresa también los límites del ejercicio del derecho, sea individual o social; por ejemplo, el derecho de participación en la conformación política de la sociedad y el Estado, ello da lugar a un principio que fundamenta la democracia y a un derecho de participación dentro de la sociedad política, que se explicita como derechos políticos a votar y ser votados.

Expresa también una doble dimensión, como autonomía de la persona y su autodeterminación y como necesidad de protección y asistencia por parte de la sociedad y el Estado.

Esta segunda dimensión puede prevalecer en algunos casos sobre la primera, cuando el ser humano no se encuentra en condiciones de tomar sus propias decisiones en forma responsable, en cuyo caso, la sociedad y el Estado deben brindarle protección, en este sentido, donde hay vida y ser humano, estos deben ser protegidos y asegurados en su dignidad, en su más amplio concepto.

El principio personalístico, dotado de dignidad humana, se convierte así en alfa y omega de todos los derechos, no debe ser considerado como un objeto, sino como un instrumento para otros fines y no un fin en sí mismo, pues genera derechos fundamentales, respecto de actos u omisiones que amenacen o vulneren la dignidad humana. Esta determina deberes concretos de protección por parte de las instituciones democráticas para la protección de la integridad de los seres humanos, asegurándola mediante medidas positivas que pueden ser coercitivas, que venzan los obstáculos que impiden el desarrollo de la dignidad humana y que generen las condiciones que posibiliten el pleno goce y ejercicio del corolario de valores, principios y derechos que se erigen en la dignidad humana.

En los problemas de la bioética y del bioderecho-biodiritto, para Ferrando Mantovani (2007), quien es uno de los grandes juristas italianos que se han encargado de este nuevo derecho en el S. XXI-, siempre surgen novedades científicas, en cuanto a la interpretación y aplicación del respeto de la dignidad humana, por motivo de los descubrimientos y manipulaciones del genoma humano, de los embriones humanos y de la bioética; se genera una situación inusitada, ya que la humanidad aparece como sujeto y objeto de un nuevo derecho. Es sujeto porque es la que está interesada como beneficiaria y es responsable de dichos adelantos, simultáneamente, es objeto de ese derecho, pues, con el concepto de dignidad, se protege la integridad del ser humano (pág. 165).

Este tema es relevante para el presente y el futuro jurídico de la humanidad por su importancia en el tema de la dignidad humana, pues la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos⁸⁴ donde, a través de sus 25 artículos, sugiere normas generales sobre la manipulación del genoma humano para resguardar la dignidad humana.

Estos son los problemas que plantea el respeto de la dignidad humana para la presente y futuras generaciones, cuestiones de dimensión planetaria, pues se contempla la concepción personalística y utilitaria del ser humano, el inicio del ser humano como “concebido”, el humanoide y todo el corolario que se puede presentar con la bioética (Mantovani, 2011, pág.1).

3.3. El principio personalístico en el sistema penal acusatorio

El 18 de junio de 2008 marca una nueva era en el derecho procesal penal en México. Se reformaron diez artículos de la constitución, ello se interpretó como nuevo paradigma del sistema adversarial en México, de corte garantista y que pretende cambiar de raíz la manera de hacer justicia a partir de los principios que se consagran para su consecución: el de igualdad y de contradicción. Este sistema pretende reconocer una serie de garantías constitucionales y legales, que permiten aplicar una justicia más transparente, expedita, objetiva y profesional, de la que la legislación anterior carecía.

Este sistema es un modelo adoptado en ciertas etapas de la historia antigua, en Grecia y Roma, principalmente, se siguieron las siguientes características (Mantovani, 2011, pág. 1):

El proceso se inicia y se prosigue a instancia de los particulares, un ciudadano que es víctima deberá ejercer la acusación para que un juez pueda abrir el juicio y dictar sentencia, y condene o absuelva al acusado, ningún tribunal puede, por lo tanto, actuar de oficio sin que se lo pidan; la investigación de los delitos y la búsqueda de las pruebas, así como su aportación al proceso queda en manos de los acusadores, sin que el juez pueda intervenir para nada en estas tareas.

El inculpado tiene a su cargo la búsqueda de las pruebas que avalen su defensa. El juez únicamente debe juzgar sobre lo que los acusadores y los acusados manifiestan y prueben en el juicio, el cual será dirigido por el propio juez, por último, el juicio es contradictorio, oral, público, en este los acusadores y acusados tendrán igualdad absoluta de derechos y oportunidades.

El sistema acusatorio se parece a un modelo privado de proceso penal. Se inspira en algunos principios característicos del proceso civil, como el principio dispositivo (las partes acusadoras disponen de la incoación y prosecución del proceso) y el principio de aportación de parte (la aportación de los hechos al juez y la búsqueda y contribución de las pruebas es responsabilidad exclusiva de las partes).

El principio personalístico, para el acusado, se consagra en el derecho a la libertad personal de la que sólo puede ser privado tras un juicio cuando se ha probado su culpabilidad y se dicta una sentencia como expresión del principio de presunción de inocencia.

La presunción de inocencia impone al Estado la obligación de dar a todo ser humano tratamiento de inocente hasta el momento en que los tribunales, mediante sentencia firme, lo declaren culpable. Entonces, y solo entonces, podrá el Estado tratar al individuo como culpable. Dar a una persona tratamiento de culpable quiere decir e imponerle una pérdida o una limitación de sus derechos (Zamora, 1990, pág. 493).

⁸⁴ Aprobada el 11 de noviembre de 1997 por unanimidad y aclamación en la Conferencia General de la UNESCO, igualmente importante resulta la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa, que ya no es una simple sugerencia, sino un compromiso positivo de resguardar los derechos de “tercera generación”.

El derecho penal se erige como el principal limitador del ejercicio del Estado, al abolir medidas penales que concreten sus contenidos sobre presunciones de culpabilidad o de realización de determinados hechos, que pueden ser infundados en contra del supuesto indiciado.

Este principio representa una doble garantía: como regla de juicio y como regla de tratamiento (Cobo Del Rosal et al., 1982, pág. 88). La primera exige que toda condena se funde en pruebas de cargo y que, si existen dudas en el juicio, se resuelvan a favor del reo (*in dubio pro reo*), la aplicación de este último aforismo se relaciona con la determinación alternativa al hecho, que se reconoce cuando existe la seguridad de que se ha cometido un delito, pero se desconocen indicios concretos del hecho, y que influyen en su calificación jurídica; por ejemplo, se puede afirmar que hubo apoderamiento ilegítimo de cosa ajena y que fue sustraída de una casa habitación, pero no se sabe con seguridad si dicho apoderamiento se realizó con violencia o porque la puerta de entrada estaba abierta. En el primer caso, se estaría frente a un robo calificado (arts. 372 Código Penal Federal) y, en el segundo, ante uno simple. En esta cuestión, no se puede absolver al agente, pero, como consecuencia de este principio, el Juez deberá adoptar las circunstancias más favorables al presunto responsable, se tendrá que suponer que las puertas de la casa habitación estaban abiertas y se condenaría al inculpado por robo simple (arts. 367 Código Penal Federal).

Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia comporta la prohibición de las medidas cautelares y, en especial, la prisión preventiva, aunque sean utilizadas como castigos, es decir, más allá de su finalidad de aseguramiento del juicio, que se usen para infligir al imputado anticipadamente la pena (Cobo Del Rosal et al., 1982, pág.88).

En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada por la Organización de las Naciones Unidas, en París, el 10 de diciembre de 1948, se establece el artículo 11.1, que dice:

Se presume inocente a toda persona acusada de un acto delictivo hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida en el curso de un proceso público donde se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

El constituyente mexicano de 1917 incorporó a la constitución el debido proceso legal, que consta en el segundo párrafo del artículo 14, en la siguiente fórmula:

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

3.4. El principio personalístico en el sistema electoral

La constitución mexicana establece, en el artículo 35, el derecho a ser votado, acorde con esta disposición se encuentra la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, de la que México es parte desde 1981, donde se señala, en su artículo 23, numeral 1, inciso b):

[...]Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores...⁸⁵

⁸⁵ *Convención Americana sobre los Derechos Humanos* (Pacto de San José), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Documento disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

El artículo 41 constitucional regula lo referente a los procesos electorales para elegir los cargos de elección popular. No menciona quiénes pueden o tienen el derecho exclusivo a registrar candidatos para contender por dichos cargos; sin embargo, sí dispone que los partidos políticos, como organizaciones de ciudadanos, tienen como fin hacer posible el acceso de estos al ejercicio del poder público; no obstante, la Ley General de Instituciones y Procedimientos electorales,⁸⁶ reconoce al candidato independiente como el ciudadano que obtenga, por parte de la autoridad electoral, el acuerdo de registro, ya que haya cumplido los requisitos que para tal efecto establece dicha ley.

Los procesos electorales están regulados en la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. Estas disposiciones surgen por mandamiento constitucional y tienen la finalidad de reglamentar los derechos y obligaciones político-electorales de la ciudadanía, así como determinar la organización, función y prerrogativas tanto de los partidos como de las agrupaciones políticas, lo tanto, se plantea la necesidad de organizar elecciones para la integración de los poderes Legislativo y Ejecutivo de la federación y los correspondientes a las entidades federativas y la Ciudad de México, la particularidad es el reconocimiento de los candidatos independientes, novedad que se proyecta como un derecho de toda persona en el ámbito político, sin participar en partido o asociación política.

El ámbito legal de carácter estrictamente administrativo que ha sido recientemente modificado pretende garantizar los valores y derechos de los electores, por lo tanto, el legislador incorporó figuras que no había reconocido, una serie de conductas disvaliosas dotadas de sanción, y ponderó la necesidad de que existieran condiciones equitativas para la competencia entre partidos, candidatos, precandidatos, candidatos independientes y que hubiese garantías de equidad y legalidad electiva.

Continuamente se procura crear y modificar el marco legislativo que regula la intervención de personas e instituciones con la sola finalidad de garantizar de la manera más nítida la expresión sobre las preferencias electorales de la ciudadanía, de aquí la importancia de que, independientemente de la normatividad administrativa, se busque por los medios coactivos del derecho penal, esto lo consideramos como la prevención de conductas antijurídicas en el campo electoral.

El principio personalístico en el ámbito electoral solo es una parte de todo el sistema jurídico. El legislador formula bienes jurídicos que buscan tutelar valores de la más alta jerarquía cuando su vulneración dificultaría el curso normal de la vida en colectividad, por lo tanto, el derecho electoral busca la consolidación democrática por medio de las elecciones, de votar y ser votado, con propuestas que se deben cumplir.

El candidato independiente es una nueva figura electoral que se postula a algún cargo de elección popular y que no pertenece a un partido político. A través de esta representación, los ciudadanos pueden ejercer el derecho a ser votado, que es un derecho humano considerado inherente, universal e inalienable al ser humano (Vázquez, 2009).

El esquema de las llamadas candidaturas independientes es uno de los posibles modelos bajo los que se puede presentar una candidatura electoral. La modalidad de las candidaturas independientes posibilita el ejercicio del derecho de la ciudadanía de presentar su postulación a un cargo de elección popular de manera desvinculada a los partidos políticos, quienes, tradicionalmente, detentan esa prerrogativa. Se trata del ciudadano que obtenga, por parte de la autoridad electoral, el acuerdo de registro, al cumplir los requisitos que para tal efecto establece la Ley.⁸⁷

⁸⁶ Publicada en el DOF 23-05-2014.

⁸⁷ Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, art. 3, párr. 1, inc. c)

El reconocimiento legal de las candidaturas independientes implica que cualquier ciudadano puede aspirar a ocupar un cargo público electivo sin tener que pasar por los filtros y los procesos de selección internos establecidos por los partidos políticos para la designación de sus candidatos.

Además, la posibilidad de presentar una candidatura independiente significa que el ciudadano que compite de manera autónoma por un cargo electivo realiza por sí mismo, o con el apoyo de un grupo de ciudadanos, pero en todo caso de manera paralela a los partidos políticos, una campaña electoral donde promociona su postulación. Cabe señalar que esta figura no es excluyente respecto a la presentación de candidaturas electorales por parte de partidos políticos, sino que se presenta como una forma alternativa de postulación de aspirantes a un cargo público (Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, 2006, pp. 55-56)

IV. Conclusiones

La creciente posibilidad de reconocer el principio personalístico en la constitución y en la legislación mexicana está cada vez más presente. La idea garantista que se ha enmarcado en el propio texto constitucional, en las reformas estructurales en este sexenio, la modificación y aprobación de la ley general de víctimas, donde se encuentra presente, el proceso de la víctima potencial del sistema institucional (identificada como victimización secundaria), las garantías que se plasmaron en la creación del sistema acusatorio tanto para la víctima como para el acusado, son muestras de que este principio es importante para la aspiración a una verdadera consolidación del Estado de derecho. Estas generosas modificaciones legales seguramente conquistarán y garantizarán los derechos humanos más imprescindibles para la convivencia social pacífica en México.

V. Referencias bibliográficas

- Bacigalupo, E. (1999). Los delitos de homicidio, Temis Bogotá.
- Cobo Del Rosal, M., Vives Antón T.S. (1996). Derecho penal Parte General, Valencia.
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José)
- Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, (2006). Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas Letra C. UNAM, Editorial Porrúa, México.
- Enciclopedia Universal ilustrada. (s.f.). Espasa-Madrid, núm. 28 primera parte.
- Ferrajoli, L. (2002). *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari.
- Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.
- Mantovani, F. (s.f.). Principi Personalistici di biodiritto, *archivio giuridico* vol. CCXXVII, fascicolo II.
- Mantovani, F. (2011). *Diritto penale parte speciale I, Delitti contro la persona*, CEDAM, Milano, IV edizione.
- Pastore, M. (2014). *Pagine di storia dell'umanesimo italiano*, Franco Angeli, Milano.
- Vázquez, B. (2009). *Panorama general de las candidaturas independientes*, Contorno Centro de Prospectiva y Debate, documento disponible en: http://www.contorno.org.mx/pdfs_reporte/julio09/BVG_Candidaturas_Independientes_Junio_09.pdf
- Zamora, A. (s.f.). *Reforma Constitucional de Derechos Humanos y el nuevo orden jurídico en México*, Publicación Por el Senado de la República 2011.
- Zamora, J. (1990). *Garantías y Proceso Penal*, Editorial Porrúa, 4 ed., México.
- Hondudiario (2021) Honduras. Disponible en: <http://www.hondudiario.com/?q=node/1318#sthash.UL1OJNov.dpufh>

Capítulo XI

Sobre la fundamentación de los derechos humanos. La propuesta de Carlos S. Nino

Sumario: I. Introducción. II. ¿Por qué es necesaria una teoría de la fundamentación de los derechos humanos? III. La propuesta de fundamentación de los derechos humanos de Carlos S. Nino. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.

Ilse Carolina Torres Ortega⁸⁸

I. Introducción

Este año se conmemora la primera década de una de las reformas constitucionales que más impacto han tenido en el sistema jurídico mexicano contemporáneo.⁸⁹ Esta reforma constitucionalizó los derechos humanos, ello dio inicio a un largo proceso de comprensión, revisión y modificación de las actitudes y funciones de los operadores jurídicos.⁹⁰ Por supuesto, no es que antes de 2011 estos derechos no existieran o fueran prescindibles, pero, a partir de ese año, los derechos humanos reconocidos tanto en la constitución como en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano forman parte, de manera expresa, del ordenamiento jurídico. Ello ha implicado un cambio profundo en la cultura jurídica y en la asunción de importantes obligaciones por parte de las autoridades, especialmente para las instancias encargadas de aplicar el Derecho. Esto último, hizo que fuera más necesario que nunca reflexionar sobre cómo llevar a cabo las funciones de la jurisdicción y, sobre todo, cómo efectuarlas adecuadamente, según los deberes internos de la práctica jurisdiccional.⁹¹ Al tiempo, la labor de difusión sobre los derechos humanos ha tenido un impacto profundo en la ciudadanía, cada vez más familiarizada con la afirmación de que hay derechos que le son propios, que son indisponibles y que todos deben respetar.

Pese a que han existido grandes transformaciones en la forma de llevar a cabo las funciones jurídicas, todavía se vislumbran numerosos obstáculos y retos. Si bien no es posible

⁸⁸ Profesora investigadora. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente. Departamento de Estudios Sociopolíticos y Jurídicos. Código ORCID: 0000-0002-5929-9137. Correo electrónico: torresilsse@iteso.mx

⁸⁹ En ese sentido, se destaca también la reforma constitucional de 1994, que modificó la estructura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, otorgándole la atribución de conocer, de manera exclusiva, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Estas competencias reforzaron su carácter de órgano terminal del control constitucional.

⁹⁰ El texto constitucional resultante de la reforma de 2011 establece en el artículo 1º 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, 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...

Consultable en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011

⁹¹ En este sentido, Josep Aguiló señala que el juez “es la persona que ejerce el poder jurisdiccional del Estado, que consiste en el poder de aplicar el derecho a los casos concretos resolviendo de manera definitiva las controversias relativas al cumplimiento de las normas jurídicas” (2013, pág. 64). Este poder se materializa en una serie de deberes: (1) el deber de aplicar el derecho –que el autor identifica como la garantía objetiva de la jurisdicción–, (2) el deber de independencia y (3) el deber de imparcialidad –ambas identificadas como garantías subjetivas.

negar que, al menos formalmente, existe la intención estatal de proteger y garantizar los derechos humanos, la situación actual del país dista mucho de satisfacer este propósito. Vale la pena no perder de vista la advertencia de Norberto Bobbio respecto a que ciertos derechos pueden ser tan solo expresiones de aspiraciones ideales, en tanto que hay una diferencia fundamental entre proclamar un derecho y satisfacerlo efectivamente:

El lenguaje de los derechos tiene sin duda una gran función práctica, que es la de dar particular fuerza a las reivindicaciones de los movimientos que exigen para sí y para los demás la satisfacción de nuevas necesidades materiales y morales, pero se convierte en engañosa si oscurece u oculta la diferencia entre el derecho reivindicado y el reconocido y protegido (1991, pág. 22).

La lucha por lograr la eficacia de los derechos humanos continúa vigente, pese a que desde el punto de vista formal se les haya atribuido validez. La contienda en la arena jurídica se lleva a cabo, principalmente, dentro de las instituciones, donde las acciones y decisiones jurídicas deben expresar una auténtica deliberación en torno a los derechos humanos y no una mera deferencia hacia ellos. Lo que se espera de las autoridades no es la aplicación silogística de los derechos humanos, ya que estos no constituyen reglas que puedan aplicarse de manera directa en un razonamiento subjetivo⁹². Los derechos humanos, en el razonamiento jurídico, exigen otras herramientas que ponen de manifiesto las relaciones dinámicas entre los derechos, las cuales, en ocasiones, constituyen auténticos dilemas. La implementación de los derechos constantemente se enfrenta, por una parte, a situaciones de conflicto entre derechos de diferentes individuos y colectivos y, por otra, a la determinación del alcance de los derechos. Por supuesto, ambos grupos de problemas son interdependientes⁹³.

Sin embargo, detrás de todos estos retos respecto a cómo hacer operativos los derechos humanos desde el ámbito jurídico y cómo hacer que estos permeen en toda la comunidad, subyace el problema de qué son los derechos humanos y por qué deben respetarse y comprometerse con ellos. ¿Se trata de derechos morales que, por tanto, exigen por parte de los operadores jurídicos una deliberación ético-racional al aplicarlos?, ¿el valor de la reforma radica en que la positivización de tales derechos los dota de un contenido normativo-jurídico que antes no tenían?, ¿la afirmación de que tenemos estos derechos radica en la mera pertenencia a la especie humana?, ¿qué aspecto del ser humano justifica la exigencia de respetar estos derechos?, entonces, ¿cómo es que a día de hoy reconocemos derechos colectivos, del medio ambiente e, incluso, de los animales que parecen coincidir en varios aspectos con la categoría de derechos humanos? Todas estas preguntas son tan solo ejemplos de los grandes interrogantes que persisten en la discusión sobre estos derechos.

⁹² Siguiendo la tipología de las normas propuesta por Atienza y Ruiz Manero (1996), las normas regulativas pueden ser reglas y principios, las cuales se dividen, a su vez, en reglas de acción/reglas de fin y en principios en sentido estricto/directrices. Si bien todas las normas regulativas tienen una estructura que correlaciona un caso con una solución normativa, el caso en los principios no se encuentra configurado mediante propiedades genéricas independientes del contenido de la norma, aunque la solución normativa si consista en la realización u omisión de una acción o un estado de cosas. “Estas diferencias en la regulación del caso hacen que las reglas sean de un manejo mucho más sencillo en el razonamiento práctico de sus destinatarios que los principios... basta con constatar que se dan las condiciones de aplicación indicadas en las reglas para que deba seguirse la correspondiente solución normativa. En los principios, en cambio, el razonamiento es mucho más complejo. Cuando hay oportunidad de aplicarlos, solo se infiere una obligación prima facie de cumplir con ellos, obligación que puede ser derrotada tras examinar el peso de otros principios en conflicto aplicables al mismo” (Ródenas, 2015, pág. 25).

⁹³ Tal y como señala Carlos Nino, “el primer problema se plantea, por ejemplo, cuando debemos decidir entre la vida de un individuo y la vida, la integridad corporal o la libertad de otro. El segundo problema se presenta cuando debemos decidir si, por ejemplo, el Derecho a la vida de los individuos es satisfecho por el Estado cuando establece y hace cumplir la prohibición de matar, o si exige, adicionalmente, que se provean condiciones que favorecen la preservación de la vida, como son la alimentación, el abrigo, la asistencia médica, etc.” (Nino, 1989, pág. 305).

En México, problemas como los enunciados no se han esclarecido con la constitucionalización de los derechos humanos. A diez años de la reforma que los colocó en primer plano del interés jurídico es momento de revisar los temas pendientes y los debates que siguen abiertos en torno a ellos que dificultan su protección y garantía. En este breve trabajo me centraré en la propuesta de Carlos S. Nino como una forma de contribuir a esta necesaria revisión.

Carlos Santiago Nino⁹⁴ fue un autor prolífico que escribió sobre gran parte de los temas que ocupan la agenda de discusión iusfilosófica contemporánea. Sus aportaciones sobre teoría del derecho, derechos humanos, responsabilidad penal, democracia deliberativa, razón práctica, etcétera, son una fuente de claridad en la argumentación sobre los múltiples problemas que hay en torno a los fundamentos del derecho. Este trabajo es un esfuerzo por retomar una de sus aportaciones más importantes y con enorme potencial para continuar la reflexión sobre los derechos humanos en las comunidades jurídico-políticas. La propuesta de este autor da cuenta de las implicaciones de la fundamentación de los derechos humanos en el terreno político y ético, es decir, muestra la relevancia de pensar en una teoría integral que no recoja solo la dimensión institucional de los derechos, sino que sea capaz de llegar hasta los aspectos más profundos e intrincados sobre estos. Su estrategia consiste, primero, en sostener que los derechos humanos son derechos morales y que su fundamentación resulta de la combinación de tres principios fundamentales, los cuales conforman la base de la concepción liberal de la sociedad: el principio de autonomía de la persona, el de inviolabilidad humana y el de dignidad humana.

II. ¿Por qué es necesaria una teoría de la fundamentación de los derechos humanos?

El reconocimiento de derechos humanos es uno de los sucesos más importantes en la historia de los sistemas normativos. En 1789, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se había dado el primer paso de una nueva concepción del ser humano como sujeto de respeto y protección por el solo hecho de pertenecer a la especie humana; esto era el primer indicativo de que existía algo que debía ser reconocido como valioso entre los seres humanos. Sin embargo, los verdaderos cambios tardaron más tiempo, y no fue hasta el siglo XX, después de experiencias terriblemente violentas y dolorosas para la humanidad, que se incorporaron los derechos humanos a las constituciones y pactos internacionales y se avanzó en su puesta en acción. Tal y como señala J. Habermas (2010), los derechos humanos son el resultado de la resistencia al despotismo, la opresión y la humillación (pág. 6).

Teniendo en cuenta la lucha que ha acompañado la conquista de los derechos humanos, se subraya la necesidad de su justificación. La postura que tiene, por ejemplo, R. Dworkin (1989) en su clásica obra *Taking Rights Seriously*:

[...] los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio (pág. 37).

En un sentido similar, Nino señala que los derechos humanos, aunque ligados a ciertos hechos naturales, son una suerte de invento o artefacto humano, cuyo sentido ha de verse en la necesidad de frenar las situaciones de opresión que han caracterizado la historia de la humanidad. Por ello, las exigencias éticas que fundamentan en última instancia los derechos humanos hacen de estos derechos artefactos racionalmente indispensables. Esa necesidad no hace de ellos algo que venga dado, sino todo lo contrario, algo por lo que se ha de luchar – reivindicar –, aunque esa lucha esté respaldada por la razón.

⁹⁴ Buenos Aires, Argentina, 3 de noviembre de 1943- La Paz, Bolivia, 29 de agosto de 1993.

Después de la Segunda Guerra Mundial fue más evidente que nunca la obligación de tomar medidas para frenar la dominación de unos sobre otros –más débiles–, así como la necesidad de concienciar sobre la igualdad de los seres humanos y su posesión de ciertos derechos básicos. En palabras de Nino (1989), se hizo patente que era indispensable:

...la formación de una conciencia moral de la humanidad acerca del valor de estos derechos y de la aberración inherente a toda acción dirigida a desconocerlos. Es esta conciencia, una vez que arraigue firmemente y se generalice, lo que puede constituir el freno más perdurable y eficaz contra la acción de los enemigos de la dignidad humana (pág. 4).

Ver este reconocimiento como un logro humano –artificial– quiere decir que este proceso de reconocimiento, y el camino que hay que recorrer para lograr su efectividad, deben ser vistos en el contexto de la discusión racional y no como el resultado de un “descubrimiento” de una verdad moral que es tan evidente que no hace falta justificar. Por ello, se sostiene que, para poder proponer una teoría sobre la fundamentación de los derechos humanos, es necesario rechazar el dogmatismo ético –lo evidente es incuestionable y no es necesario justificarlo–, así una postura ética como el escepticismo –no es posible discutir racionalmente sobre cuestiones éticas–, debido a que no permite ofrecer razones válidas a favor de una concepción moral como la que legitima los derechos humanos.⁹⁵

Un correcto análisis de estos derechos solo puede hacerse si se acepta que estos tienen que justificarse y, por supuesto, que dicha justificación es posible. La estrategia, por tanto, escapa de un mero análisis conceptual –propuesto por muchos teóricos– donde simplemente hay que determinar qué son los derechos humanos para extraer de su definición todo lo que es necesario saber sobre ellos. Si bien la elucidación conceptual es importante, en este caso, dicho estudio tiene que complementarse con la elaboración de una teoría. Esto implica que es posible hacer una caracterización provisional, pero que, necesariamente, esta habrá de contrastarse con el esquema valorativo en el que opera la noción, ya que esto mostrará rasgos adicionales de los que se supone, *a priori*, son teóricamente relevantes.

En estos términos, la caracterización provisoria que hace Nino de los derechos humanos sostiene que estos son de índole moral –exigencias de la moral crítica o ideal– y no jurídica: son derechos que encuentran su fundamento en principios morales; esto es, en principios que pueden ser invocados como razones últimas. Ello implica que el reconocimiento jurídico es un paso esencial para lograr su observancia, pero que tal reconocimiento no es ni necesario ni suficiente; este asentimiento no impide que las normas puedan considerarse ilegítimas, por lo que el hecho de que tal reconocimiento jurídico esté o no presente –esto es, que hayan sido positivizados como derechos fundamentales– no nos exime de tener que recurrir a argumentos morales para establecer sus alcances (Nino, 1989, pág. 25). Los derechos humanos derivan de un sistema de principios morales, por lo que su reconocimiento jurídico no solo significa que estos forman parte, de manera explícita, del ordenamiento jurídico, sino que este reconocimiento habrá de dar lugar a una serie de acciones que muestren el compromiso del sistema jurídico con ciertos principios de justicia y de moralidad social.

⁹⁵ Nino defiende el constructivismo ético y con él la posibilidad de justificar racionalmente juicios morales; por tanto, considera que en el plano metaético, el escepticismo, al negar lo anterior, imposibilita la defensa de la concepción liberal de la sociedad. El autor señala que el escepticismo se encuentra en una situación incómoda que lleva hasta el extremo la actitud crítica, ya no solo para exigir que deba someterse a examen crítico una conclusión teórica, sino hasta sostener que en determinadas áreas no puede haber proposiciones verdaderas. “Es necesario devolver la carga de la argumentación filosófica: en la medida en que se muestre que su concepción no deriva claramente de concepciones filosóficas generales y que es muy poco satisfactoria desde el punto de vista pragmático, se obliga a los escépticos a abandonar su cómodo rincón en el ring filosófico y ofrecer pelea” (Nino, 1989, pág. 88).

Una vez indicado que los derechos humanos son de índole moral, Nino se pregunta por la situación normativa que debe darse para que surjan, es decir, cuál, dentro de los sentidos que admite el concepto de derecho subjetivo, es el más adecuado para dar cuenta de ellos.⁹⁶ Basándose en N. McCormick (1977), el autor sugiere la siguiente reconstrucción conceptual del derecho subjetivo moral (apta para todos los derechos morales):

Se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a la situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o la de disponer de determinados recursos, o la de verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso (Nino, 1989, pág. 40).

Ahora bien, pese a que esta reconstrucción conceptual es adecuada para todos los derechos morales, hay que tomar en consideración que estos derechos tienen un distintivo relacionado, precisamente, con el indicativo de “humanos”. Así, en principio, el hecho natural de pertenecer a la especie humana parecería una condición necesaria y suficiente para adscribirse tales derechos. No obstante, hay en esto un problema, ya que, si la única circunstancia relevante para la fundamentación de los derechos humanos fuera esta, entonces habría que concluir que la propiedad de “humano” es del tipo todo-nada y no gradual, lo que llevaría al siguiente dilema sobre cómo caracterizar al ser humano: el primer cuerno del dilema consiste en que, si se caracteriza “ser humano” con base en propiedades moralmente relevantes como la racionalidad y la capacidad de plantearse fines, resulta que algunos son más seres humanos que otros, lo cual parece inaceptable. El segundo cuerno sostiene que, si tal caracterización se hace de acuerdo con determinados rasgos biológicos que identifican a la especie humana, reducimos nuestra condición moral a nuestra especie, y esto tampoco es satisfactorio. Como bien indica A. González (2015), para Nino, “los conceptos de persona moral y animal de la especie humana no son ni coextensos ni cointensos, ni su vinculación es necesaria, ni la personalidad moral es una propiedad que todos los humanos posean en el mismo grado” (pág. 327).

III. La propuesta de fundamentación de los derechos humanos de Carlos S. Nino

La propuesta de Nino (1989) cambia de estrategia filosófica para que, en lugar de tener que determinar un concepto de persona moral que incluya las propiedades que deben estar incluidas en los principios morales que fundamentan los derechos humanos, se precise primero cuáles son los principios de los que tales derechos derivan. Solo después se podrá identificar a las personas morales con las propiedades que son fácticamente necesarias para gozar de tales derechos (pág. 45)⁹⁷.

Siguiendo con esta estrategia, es posible señalar, primariamente, que son personas morales aquellas que tengan las propiedades, de hecho, o potencialmente, de gozar de los derechos que derivan de tres principios morales básicos: el principio de autonomía, el de inviolabilidad y el de dignidad humana. Estos preceptos, al combinarse, permiten derivar los derechos humanos. Además, se formulan a través del discurso práctico en el que se intentan armonizar conclusiones valorativas particulares y principios normativos generales. Esto no quiere decir que el consenso que tiene como resultado su formulación tenga carácter

⁹⁶ Nino se refiere a los significados posibles que se pueden dar al concepto de derecho subjetivo: como ausencia de prohibición, como prohibición directa, como correlato de obligaciones activas o pasivas de otros, como demanda, como inmunidad.

⁹⁷ Esto se refiere a que el goce y el ejercicio de derechos básicos requiere que los individuos tengan ciertas aptitudes, por lo menos potencialmente: ser conscientes de su propia identidad como centro de imputación de deseos, intereses y creencias; poder adaptar su vida a ciertos ideales, adoptados libremente y poder formar voliciones y tomar decisiones.

ontológico en relación con tales principios, sino que el valor del consenso es epistemológico. Esto implica que antes de su formulación, la autonomía, la dignidad y la inviolabilidad son estructuras latentes, estructuras que son dilucidadas por medio del debate intersubjetivo, pero que forman parte de la estructura subyacente a la práctica del discurso moral⁹⁸.

A continuación, se revisan estos tres principios que conforman la base de la concepción liberal de la sociedad, de cuya combinación, sostiene Nino, se derivan los derechos humanos. Es importante no olvidar que estos principios, si bien se refieren a valores que pueden ser traducidos en bienes individuales –la autonomía, inviolabilidad y dignidad–, cobran sentido en la esfera intersubjetiva, esto es, como principios reguladores de la vida con los otros.

El Principio de Autonomía de la Persona

El discurso moral –dirigido a superar conflictos y favorecer la cooperación humana mediante el consenso– presupone el valor de la autonomía, puesto que el consenso entraña la libre aceptación de principios para justificar nuestras acciones y decisiones. Este es el presupuesto general de autonomía moral subyacente al discurso moral, del cual se deriva uno más específico distintivo de la concepción liberal de la sociedad: el principio de autonomía personal (Nino, 2005, pág. 164).

Lo primero que hay que decir sobre este principio es que se opone, o pretende descalificar, la doctrina del perfeccionismo estatal; esto es, la doctrina que sostiene que es legítimo –e incluso una misión– que el Estado tome las medidas necesarias para que los ciudadanos sigan determinados planes de vida considerados más valiosos que otros, e imponga ideales de virtud⁹⁹. El principio de autonomía, como concepción de filosofía política, defiende el valor intrínseco que tiene la elección individual de planes de vida e incluso de la adopción de cierto ideal de excelencia, pero dicho valor radica en que se trata de una elección individual y espontánea, por lo que no hay espacio para su imposición.¹⁰⁰ Nino se adscribe al llamado “liberalismo igualitarista”, por lo que defiende un modelo de filosofía política que proscribe la intromisión estatal en la autonomía personal, pero exige un ejercicio de libertad positiva en el que el Estado no se limita a “no interferir”¹⁰¹. Esto es, el Estado debe procurar las condiciones materiales para reducir las desigualdades y que las personas realmente estén en condiciones de llevar a cabo los planes que se han fijado.

Para entender la oposición entre estas concepciones, es necesario distinguir dos dimensiones de la moral: por un lado, la moral autorreferente o personal valora las acciones según el efecto que estas tengan sobre el carácter moral de la persona de la que surgen. Por otro lado, la moral social o intersubjetiva prescribe o prohíbe ciertas acciones por el efecto que

⁹⁸ La práctica de la discusión moral, tal y como se da en nuestra cultura post-iluminista, es una institución “protoliberal”, ya que tiene por presupuestos ciertos valores y reglas procedimentales que conducen a los principios liberales, aunque la práctica esté abierta a la participación (Nino, 2005, pág. 163).

⁹⁹ El perfeccionismo no debe confundirse con los casos de paternalismo en los que el Estado no pretende imponer ciertos planes de vida, sino ayudar a los individuos a que puedan llevar a cabo los que ellos, libremente, han adoptado.

¹⁰⁰ Sobre este punto, hay muchos autores que consideran que el liberalismo se justifica precisamente en la neutralidad estatal frente a los planes de vida de las personas. M. Farrell sostiene que la neutralidad supone que ningún plan de vida tiene valor objetivo –aunque no desconoce que las personas prefieren ciertos planes de vida porque les asignan mayor valor que a otros–, por lo que, en este caso, la neutralidad obra como un metavalor, esto es, como un principio regulador de esos valores subjetivos (1998, pág. 19).

¹⁰¹ Una posición así es más propia de la filosofía liberal libertaria que aboga por un Estado mínimo: El Estado mínimo nos trata como individuos inviolables, que no pueden ser usados por otros de cierta manera, como medios o herramientas o instrumentos o recursos; nos trata como personas que tienen derechos individuales, con la dignidad que esto constituye. Que se nos trate con respeto, respetando nuestros derechos, permite, individualmente o con quien escojamos decidir nuestra vida y alcanzar nuestros fines y nuestra concepción de nosotros mismos, tanto como podamos, ayudados por la cooperación voluntaria de otros que posean la misma dignidad. ¿Cómo osaría cualquier Estado o grupo de individuos hacer más, o menos? (Nozick, 1974, pág. 319).

tienen en el bienestar de otros individuos distintos del agente (Nino, 1989, pág. 229). De esta manera, aunque el presupuesto general del valor de autonomía se refiere a la libre aceptación de principios morales intersubjetivos y de los ideales morales autorreferentes, el principio de autonomía personal es intersubjetivo, mientras que el perfeccionismo se dirige a la esfera de lo autorreferente.

Observando los derechos básicos considerados esenciales en una sociedad liberal es fácil percatarse de que corresponden a libertades amplias para realizar ciertas conductas; esto es, libertades que derivan de un principio más general que prohíbe la interferencia en cualquiera de estas conductas, siempre y cuando estas no impliquen un daño a otros. Sin embargo, el principio general de autonomía no es el que limita la interferencia estatal a conductas que supongan un perjuicio a terceros, sino el que determina que el Estado liberal no debe interferir en la elección de planes de vida o ideales de excelencia de las personas¹⁰².

El principio liberal de autonomía de la persona, por tanto, proscribire una actuación estatal que pase por encima de la elección individual. El Estado liberal debe facilitar, a través de sus instituciones, que las personas puedan llevar a cabo los planes de vida que se han propuesto y sus ideales de excelencia humana, así como impedir que interfieran unas sobre otras en el desarrollo de estos.

La posición opuesta –el perfeccionismo– sostiene que es posible determinar sin tomar en cuenta las preferencias de los individuos, lo que es bueno para ellos, independientemente de que esto se corresponda con lo que la persona quiere o desea.

Cuando Nino apela al valor de la autonomía –a lo ilegítimo de la imposición estatal de ciertos planes de vida– y al respeto de las preferencias subjetivas, no defiende en absoluto algún tipo de relativismo o subjetivismo sobre el valor de lo bueno. En el marco del discurso moral puede realizarse un juicio de valor sobre un plan de vida determinado (se presupone que los valores que subyacen a las preferencias para la elección de planes de vida pueden ser sometidos al debate moral intersubjetivo). Por decirlo de alguna forma, se trata de un subjetivismo que incluye la objetividad –intersubjetividad– de las razones que subyacen a las preferencias individuales. Desde el punto de vista interno del individuo que tiene unas determinadas preferencias, las tiene porque entiende que hay razones –objetivas– para tenerlas y dejará de tenerlas en el momento en que entienda que su creencia está basada en un error. En definitiva, la preocupación de Nino está dirigida a la realización del bien de la autonomía, puesto que, para que tal realización sea valiosa, tiene que darse de manera espontánea y no por la imposición de otros. Esto tendrá que respetarse incluso cuando lo único valioso que posea un plan de vida sea el ser autónomo.¹⁰³ El respeto de la autonomía significa que la elección del individuo tendrá que respetarse incluso en aquellos casos en los que esté en un error al creer que tiene razones (objetivas) para preferir tal plan.

De esta forma el Estado no está legitimado para pasar por encima de las preferencias de las personas –violar su autonomía en el sentido aquí caracterizado– e imponer determinados ideales de excelencia humana; si lo hiciera, se perdería el valor de la autonomía porque ya no surgiría de la libre elección. Además, en la mayor parte de los ideales personales su imposición resulta autofrustrante, ya que, para ser alcanzados, necesitan de una verdadera convicción y no basta con un simple comportamiento externo.

¹⁰² Del presupuesto general de autonomía moral se deriva el principio liberal más específico de autonomía personal que establece que no se debe interferir en la libre elección de ideales de excelencia personal (Nino, 2005, pág. 165).

¹⁰³ La regla básica del discurso moral que se suscribe tácitamente consiste en que es deseable que la gente determine cómo actuar sólo por la libre adopción de los principios que, por deliberación, juzgue que son válidos (Nino, 1989: 230).

El principio de autonomía, en estos términos, permite determinar el contenido de los derechos humanos, ya que de él se pueden desprender los bienes que esos derechos protegen. Dichos bienes están conformados por las condiciones necesarias para elegir y llevar a cabo los ideales personales y los planes de vida basados en ellos.¹⁰⁴ El bien más genérico que es protegido por el principio de autonomía es la libertad de realizar toda conducta salvo aquellas que dañen a terceros.

Sin embargo, aisladamente, el valor de la autonomía es agregativo, es decir, que mientras más autonomía haya en una sociedad más valiosa –más justa– será, sin tomar en cuenta cómo se encuentra distribuida. El problema a lo que esto llevaría, al margen de que tal valor nos proteja de la intervención o imposición de planes de vida, es validar que se pueda restringir la autonomía de una minoría en beneficio de una autonomía mayor.

Principio de inviolabilidad de la persona

El principio de autonomía, de forma aislada, es de carácter agregativo, por lo que es necesario que se complemente –y se limite– con otros principios. Una primera formulación del principio de inviolabilidad de la persona¹⁰⁵ enfatiza el hecho de que, en principio, está prohibido imponer a los individuos, en contra de su voluntad, sacrificios o privaciones que no sean para su propio beneficio, sino para el de los otros (Nino, 1989, p. 239). Según el principio de inviolabilidad, la maximización de la autonomía de ciertos individuos no está permitida cuando se obtiene a costa de la autonomía de otros.

Junto a los derechos que tenemos a hacer ciertas cosas, también gozamos de los derechos a que no nos hagan ciertas cosas y, en este sentido, a no ser utilizados como meros medios. El principio general de inviolabilidad de la persona se establece a partir de la segunda formulación del imperativo categórico kantiano –la fórmula del fin en sí mismo–, el cual establece “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio” (Kant, 2012, pág. 139).

Esta formulación sirve de base a Nino para el principio de inviolabilidad que proscribe utilizar a los seres humanos como meros medios; esto es, afectar su autonomía por la mera razón de que ello incrementa la autonomía de otros. A un individuo se le trata como un fin en sí mismo cuando se toman en cuenta, seriamente y con respeto, los propios fines que posee, y se le trataría como medio cuando se le impide o entorpece en la obtención de estos. Es por lo anterior que este principio ha tenido mucha relevancia frente al consecuencialismo, ya que, en principio, esta posición autoriza que los individuos sean sacrificados, si a través de dicho

¹⁰⁴ Como prerequisites para la elección y materialización de planes de vida se pueden considerar los siguientes: la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica, la libertad de movimientos, de expresión, de cultos, el acceso a recursos materiales, la libertad de asociación, de trabajo y acceso al ocio, etcétera.

¹⁰⁵ Este principio varía según se admita que puede ser infringido sólo por actos positivos, o también por omisiones. La primera postura corresponde al liberalismo clásico –el Estado no intervencionista– y la segunda del liberalismo igualitario –el Estado con deberes positivos–. Ante estas opciones el principio de inviolabilidad tiene un gran problema, ya que, si se sostiene que hay mantener la distinción entre acción y omisión, tendría que aceptarse que solo las conductas activas son fuente de violación de derechos, lo que en muchos casos resultaría insatisfactorio. Si se admite que también se infringen derechos por la omisión, entonces habría que renunciar al principio de inviolabilidad por ilusorio, puesto que casi siempre resultaría infringido y sólo haría falta el principio de autonomía. Por eso Nino propone una segunda reformulación, propia del liberalismo igualitario que veda la disminución de la autonomía cuando coloca a la persona en condiciones inferiores respecto de la autonomía de aquellos cuya autonomía aumenta. “De la combinación de ese principio, así formulado, y el principio de autonomía surge el deber de incrementar la autonomía en todos los casos en que esto no implique colocar a otros en situación de menor autonomía relativa” (Nino, 2008, pág. 30).

sacrificio se obtiene un beneficio mayor, sin tomar en cuenta la separabilidad e individualidad de los miembros de una sociedad¹⁰⁶.

No obstante, este principio no se opone al consecuencialismo, sino a una postura más extrema denominada holismo, que sostiene la idea de que los valores sociales son de índole agregativo, donde únicamente importa el hecho de que se materialicen en la sociedad sin que resulte relevante su distribución. Dentro del holismo hay una vertiente colectivista que, además, defiende que el bienestar de la sociedad no depende solo del bienestar de los individuos, sino del bienestar de una entidad –tal y como el Estado o la nación– que posee intereses propios, como si se tratara de un ente supraindividual.

El principio de inviolabilidad está vinculado con el punto de vista impersonal que subyace al discurso moral, que insta a tratar los intereses impersonales por sus propios méritos y no por las personas que los sustentan. Sin embargo, en este punto hay que considerar que se presentan dos alternativas de construcción del punto de vista impersonal: La primera opción promueve llevar a cabo acciones, medidas o instituciones que satisfagan el mayor número de intereses y, también, de los intereses más valiosos; esto llevaría a un principio de tipo consecuencialista agregativo que ignora la separabilidad e independencia de los seres humanos. La segunda forma de construir este punto de vista consiste en imaginar a un observador capaz de colocarse en la situación de cada uno de los interesados, para de esta forma encontrar alguna opción que pueda ser la menos inaceptable para todos (Nino, 1989, p. 259). Esta construcción del punto de vista impersonal permite que sean tomados en cuenta los intereses generales, pero no como una masa uniforme, sino como intereses pertenecientes a individuos distintos que tienen vidas también distintas.

Con este principio, Nino pretende subrayar que, dado que los individuos y sus intereses no pueden ser sacrificados sin más, el reconocimiento de derechos individuales no puede verse limitado por la búsqueda del bien común, sino que es más bien al revés: son los objetivos sociales colectivos los que están limitados por los derechos humanos. Así, no se niega que sea legítimo buscar objetivos sociales, pero se establece que el límite está en que no implique la vulneración de tales derechos. Otra restricción importante que se puede extraer de este principio tiene que ver con la decisión mayoritaria del procedimiento democrático, ya que el reconocimiento de los derechos humanos no puede estar supeditado a que sean decididos por la mayoría, algo que no implica descalificar el procedimiento democrático.

El principio de dignidad de la persona

El principio de inviolabilidad de la persona permite restringir el principio de autonomía para que, precisamente, la autonomía de un individuo no pueda ser sacrificada en beneficio de la autonomía de otros; sin embargo, estos dos principios no son suficientes para constituir la base de la concepción liberal de la sociedad. Faltará por explicar cómo pueden los individuos tomar, libremente, decisiones que afectan su propia autonomía. La formulación del principio de dignidad de la persona humana permite que las decisiones o actos de voluntad de las personas puedan ser tomados como antecedentes válidos de obligaciones, responsabilidades o limitaciones de derechos (Nino, 2005, pág. 174). Así, el principio de dignidad limita el principio de inviolabilidad: los derechos humanos únicamente están condicionados a la voluntad de quienes los tienen y esto es lo que hace posible que los derechos sean dinámicos, incluso cuando

¹⁰⁶ Rawls, entre otros, ha llamado la atención acerca de que la perspectiva consecuencialista permite que los individuos sean sacrificados en beneficio de otros debido a que no otorga relevancia moral a la separabilidad e individualidad de las personas. Así, dice que para esta visión de la justicia no importa, salvo de forma indirecta, cómo se distribuye la suma de satisfacciones entre los individuos, ni cómo una persona divida sus satisfacciones en el tiempo. Por ello, será considerada como la mejor repartición aquella que produce la máxima satisfacción, por lo que la manera de asignar derechos y deberes, oportunidad y privilegios, diversas formas de riqueza, etc. se rige por la forma en que se obtenga ese máximo (Rawls, 1999, pág. 37). Esto supone una gran limitación para lograr distribuciones igualitarias.

esto implique que el sujeto, mediante su consentimiento, se coloque en una situación en la que su autonomía disminuya con relación a los demás. No obstante, los actos voluntarios por sí mismos no justifican un acto o decisión. Son los principios morales los que hacen relevantes a tales actos y, por ello, también se entiende que la afectación a la autonomía no pueda ser desmedida: la autonomía puede verse disminuida por nuestras decisiones, pero no quedar anulada de tal forma que no podamos ser tratados más que como meros medios.

El consentimiento de los individuos, por tanto, es relevante para la vida social. De hecho, son muchas las instituciones jurídicas que se sustentan en este consentimiento para poder establecer responsabilidades y obligaciones entre los miembros de una sociedad –por ejemplo, cualquier contrato–.

La concepción contraria a este principio es el determinismo normativo. La discusión filosófica en torno al determinismo es demasiado compleja, pero, en general, corresponde a una concepción que niega que los actos de voluntad y las decisiones de las personas sean relevantes, entendiéndolos como simples manifestaciones de otros hechos –por ejemplo, sus rasgos biológicos–. Hay diversas clases de determinismo; por ejemplo, el determinismo ético (los seres humanos no pueden eludir conscientemente el bien y si actúan de otra forma es por ignorancia o compulsión), el teleológico (dios tiene un conocimiento previo de los actos humanos, por lo que los hombres no pueden actuar de modo diverso), el lógico (la verdad de una proposición es algo atemporal, por lo que no se puede alterar su valor de verdad), el psicológico (las acciones están determinadas causalmente por deseos, motivaciones, etc.), el físico (las acciones están determinadas causalmente por fenómenos mecánicos o químicos que pasan dentro del organismo), etcétera. Todos tienen en común la idea de que los seres humanos no poseen una genuina libertad para actuar y tomar decisiones, y que, por tanto, no pueden ser considerados responsables, moral ni jurídicamente, de sus actos.

El problema del libre albedrío ha estado presente en la historia de la filosofía desde el inicio y, dadas las dificultades –o como algunos sostienen, la imposibilidad– de demostrar, tanto la tesis determinista como la de la existencia de libertad, en décadas más recientes se ha defendido una postura compatibilista que pretende llegar a un punto de conciliación. La postura de Nino va en esta dirección¹⁰⁷.

Nino sostiene que es imposible pronunciarse sobre la tesis del determinismo, ya que solo se podrá indagar sobre la verdad o validez de esta tesis cuando se tengan superados los problemas conceptuales y epistemológicos que la envuelven y determinan su contenido y su estatus lógico.¹⁰⁸ Sin embargo, Nino concluye que incluso, en el caso de que esta tesis resultara ser verdadera, correspondería únicamente a una tesis descriptiva acerca de que todo acontecimiento está causado por factores de diverso tipo. El problema es que lo que está en discusión es una postulación de tipo normativa acerca de que la voluntad y el consentimiento de los individuos no deben tomarse en cuenta como antecedentes de derechos, responsabilidades u obligaciones para diseñar las instituciones. Esta es una proposición normativa que no puede derivarse de la hipótesis descriptiva del determinismo.

¹⁰⁷ Tal y como señala Peter Strawson, hay filósofos que dicen desconocer cuál es la tesis del determinismo y otros que parece que saben cuál es; de entre estos destaca a los pesimistas, aquellos que afirman que, si la tesis es verdadera, conceptos como el de obligación o responsabilidad moral, así como la práctica de castigar y culpar, no tienen sentido. Los optimistas señalan que, si la tesis es verdadera, dichos conceptos y prácticas no pierden su razón de ser. Habría también la opinión del auténtico escéptico moral, para quien todas estas nociones son confusas en sí mismas (Strawson, 1995, pág. 37). Este autor se ubica a sí mismo en la categoría de quienes no saben cuál es la tesis del determinismo y podríamos presumir que Nino también se declara ajeno a tal conocimiento, aunque después se pronuncie como los filósofos optimistas.

¹⁰⁸ Las tres opciones más comunes, según Nino, son las siguientes: como un postulado metafísico, como una hipótesis empírica que puede contrastarse o como un principio regulador de la investigación científica.

Independientemente de que no es claro cuál sería la tesis normativa del determinismo y cómo se fundamentaría, las consecuencias sugeridas son contrarias al principio de dignidad y entran en conflicto con las prácticas sociales. Si se toma la tesis determinista como descriptiva, Nino considera que esta es compatible con una tesis normativa que establece que la voluntad debe ser respetada, y ese respeto consiste en permitir que sobrelleve las consecuencias de sus decisiones.

El principio de dignidad establece que los seres humanos deben ser tratados de acuerdo a sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento. En la medida en que adoptar este principio implica que no tenemos justificación para tomar otros principios que prescriben considerar otras propiedades -como el color de la piel o el sexo- este principio es un ingrediente fundamental de la concepción liberal de la sociedad (Nino, 1989, pág. 287).

IV. Conclusiones

La propuesta de fundamentación realizada por Carlos S. Nino constituye una base teórica confiable para avanzar en la implementación de una cultura jurídica que proteja y garantice los derechos humanos.

La combinación de los principios de autonomía personal, inviolabilidad y dignidad humana conforman la base de la sociedad liberal. Ninguno de ellos debe ser considerado de forma aislada, debido a que se delimitan entre sí. El principio de autonomía determina el contenido de los derechos humanos, el de inviolabilidad su función y el de dignidad es el que permite que dichos derechos sean dinámicos. Otro asunto es la implementación de estos derechos, en la que hay que hacer frente a situaciones de conflicto entre derechos de distintas personas, así como a la situación de cómo fijar el alcance de tales derechos o quiénes son los beneficiarios de estos¹⁰⁹.

La justificación moral de cualquier orden jurídico radica en hacer efectivos los derechos humanos, por lo que los desafíos del Estado mexicano son considerables. La reforma constitucional constituyó un gran punto de inflexión respecto al compromiso que tiene el país con los derechos humanos, pero aún queda un largo camino por recorrer. Sin dudar, tener claros sus fundamentos es una cuestión elemental que nos auxilia al momento de tener que esclarecer los problemas que surgen en torno a su concreción e implementación.

¹⁰⁹ Sobre esta cuestión conviene anotar, brevemente, que Nino concluye que los principios de la concepción liberal de la sociedad no condicionan sus consecuencias normativas a la posesión de ciertas propiedades de acto, pero sí requiere que los individuos posean ciertas capacidades que les permitan gozar de los derechos humanos. De esta forma, las propiedades necesarias para ser persona moral son la capacidad para determinar conductas de acuerdo con ciertos valores, para escoger modelos de vida, y la capacidad para tener sensaciones dolorosas o placenteras. Estas propiedades, dice Nino, son graduales y no del tipo todonada, y son condiciones necesarias para la personalidad moral y la titularidad de derechos básicos, pero no suficientes. La personalidad moral se da de forma completa cuando, además de estas propiedades, el individuo es consciente de sí mismo como centro de imputación de intereses y para tomar decisiones que implican consentir consecuencias normativas. Cuando no se satisfacen todas estas condiciones, las personas morales pueden disfrutar de algunos aspectos de los derechos. Por ejemplo, los animales que poseen la capacidad de tener sensaciones dolorosas y placenteras, pueden gozar de la protección de no ser dañados o impedidos de sensaciones placenteras (Nino, 1989, págs. 358-361). Sobre esto, puntualiza Alexy, a los cuatro principios les corresponden cuatro capacidades: el principio de autonomía implica la capacidad de elegir y realizar concepciones del bien y planes de vida; el principio hedonista implica la capacidad de sentir dolor o placer; el principio de inviolabilidad, la capacidad de tener conciencia de sí mismo, y el principio de dignidad, la capacidad de tomar decisiones y asumir las consecuencias de sus acciones (Alexy, 2003, pág. 25).

V. Referencias bibliográficas

- Aguiló, J. (2013). Ética judicial y Estado de Derecho en *El buen jurista. Deontología del Derecho*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Alexy, R. (2003) "La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino". En *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 26, pp. 173-203-
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996) *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- Bobbio, N. (1991), *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema
- Cruz Parceró, J. A. (2007). *El lenguaje de los derechos*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad y la utopía realista de los derechos humanos. En *Diánoia*, LV(64), 3-25.
- Farrell, M. (1998). *El Derecho liberal*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- González, A. (2015). *Los derechos humanos en perspectiva. El pensamiento de Gregorio Peces Barba, Antonio E. Pérez Luño y Carlos Santiago Nino*. Ciudad de México: Editorial Tirant lo Blanch.
- Kant, I. (2012). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Maccormick, N. (1977). Rights in Legislation, en *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A Hart*. Oxford: Oxford University Press.
- Nino, C. S. (2008). *Fundamentos de Derecho penal. Los escritos de Carlos S. Nino*. Buenos Aires: Editorial Gedisa.
- Nino, C. S. (2005). *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Nozick, R. (1974). *Anarquía, Estado y utopía*. New York: Basic Books.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Ródenas, A. (2015). Normas regulativas: principios y reglas. En *Conceptos básicos del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 15-26
- Strawson, P. F. (1995). *Libertad y resentimiento y otros ensayos*. Barcelona: Ediciones Paidós

Capítulo XII

Retos y debates del sistema de justicia penal en México ante el fenómeno de la delincuencia organizada: A una década de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos

Sumario. I. *Introducción*. II. *La reforma de 2008, la esperanza de una verdadera justicia penal*. III. *La perspectiva bélica*. IV. *A diez años de la reforma de 2011 en materia de derechos humanos. Agenda pendiente de justicia penal*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias bibliográficas*.

Tadeo Eduardo Hübbe Contreras¹¹⁰

Privar a las personas de sus derechos humanos es poner en tela de juicio su propia humanidad (Nelson Mandela)

I. Introducción

Justicia es un concepto que, si bien cuenta con diversas acepciones, enfoques y perspectivas científicas, para este capítulo, la más relevante se podrá encontrar en la filosofía del derecho. Es una noción amplia, polémica y discutida durante siglos, desde la Ilustración europea, en los siglos XVIII y XIX, con Hobbes y Rousseau, que se concentraban en identificar los esquemas institucionales justos para la sociedad, un hipotético “contrato social”, una relación entre gobierno y gobernado donde mediarían instituciones ideales y justas; pasa por John Rawls, con un enfoque de la justicia basado en esquemas, que incluyen tanto el comportamiento correcto cuanto las instituciones correctas, sin dejar de mencionar a Karl Marx o John Stuart Mill, por ejemplo, quienes plantearon muy diferentes ideas o posturas de la exigencia de la justicia, concentrándose en la eliminación de las injusticias manifiestas en el mundo que observaban.

Pero en general, hasta la actualidad, teóricos como Donald Dworkin o Robert Nozick, entre otros tantos, han ofrecido importantes postulados, desde su propia óptica, sobre las exigencias de una “sociedad justa”, al identificar reglas e instituciones justas. No obstante, en concordancia con Amartya Sen (2009, págs. 40-41), más que identificar instituciones justas, la pregunta a formular podrá ser, ¿cómo deberíamos promover la justicia? Parto de dos premisas, la primera, en cuanto a las instituciones justas, la segunda, en cuanto a la promoción de la justicia, ambas de manera transversal y equilibrada, es decir, las instituciones como elemento o parte de un sistema deberán, en conjunto con otros elementos, ser justas y promotoras, a la vez y en todo momento, de la justicia. Al fin de cuentas, la justicia es un concepto abstracto, complejo de comprender y difícil de encaminar hacia un elemento homogéneo donde cada quien reciba lo que merece y perciba su naturaleza de la misma manera.

La idea de justicia ha adquirido muchos matices, pues tiene distintas acepciones en diferentes entornos, con enfoques diferenciados, según desde la óptica en el que se ubique la persona necesitada de ella. Es decir, hoy en día es posible nombrar a la justicia de distintas formas o denominaciones: justicia electoral, justicia internacional, justicia laboral, justicia

¹¹⁰ Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España, y abogado por la Universidad de Guadalajara, México. Profesor titular A de Derecho Penal de la Universidad de Guadalajara.

divina, etc. Sin embargo, es la justicia penal en la que me enfocaré, específicamente en el combate, mediante la aplicación de legislación excepcional¹¹¹, a la delincuencia organizada y sus delitos relacionados –por ejemplo: terrorismo, secuestro, tráfico de armas y de personas, narcotráfico, pornografía infantil, trata de personas, etcétera–, pues es esta rama una de las más vulnerables de sufrir una descomposición en su sustancia, en su propio espíritu, al ser susceptible de perversión y que podrá alejarse de lo que se entiende por justicia, sobre todo cuando es propensa a poner en peligro los derechos fundamentales.

Quiero enfocar esta idea hacia el sistema de justicia penal en México –y quizá para cualquier otro sistema de justicia penal en el mundo–. En principio, la justicia penal se conforma como un sistema, entendido como un conjunto de agencias que coinciden en la cuestión criminal (Zaffaroni; 2010, págs. 9 y 10); es decir, todas participan del poder punitivo. Como menciona Raúl Eugenio Zaffaroni (*ibid*), algunas agencias son exclusivamente penales –policía, servicios penitenciarios, tribunales penales, seguridad, inteligencia, etc. –, pero otras, por su parte, son de carácter político –poderes Legislativo y Ejecutivo–, de reproducción ideológica –universidades, institutos, academias–, de cooperación internacional –unidades de inteligencia financiera, agencia de policía internacional, etcétera–, de organismos internacionales –Organización de las Naciones Unidas, Organización de los Estados Americanos, etcétera. – y, finalmente, las que juegan un papel importante para el Estado, las de propaganda o agencias de comunicación social –prensa escrita, radio, televisión, por mencionar algunos–, sobre todo las dirigidas –por no decir controladas– por el Estado. Pero, también es posible entenderlas como instituciones creadas para llevar a cabo una función pública específica como parte o elemento de un todo, de un sistema.

Hoy, la justicia penal mexicana se ha forjado en un sistema que, además de luchar contra la delincuencia común, pretende hacerlo contra la delincuencia organizada mediante la legislación de una norma excepcional –en muchos casos cuestionable–, pues se entiende a éste como un fenómeno criminal complejo y difícil de erradicar o, al menos, en gran medida, mitigar. Además de la dificultad para definir la delincuencia organizada (Serrano; 2005, pág. 28), por lo menos se podrá partir que se caracteriza por conformarse bajo una estructura jerarquizada –compuesta por personas interrelacionadas entre sí, mediante un mando y sus subordinados– y permanente –que su acuerdo sea duradero y no meramente ocasional, como una simple asociación delictiva–; con división de funciones –es decir, cada participante tiene una función específica dentro de la organización– y un esquema organizativo conformado por tres o más personas –pluralidad de personas–; con una expansión y operación territorial internacional –como si fuera una empresa transnacional legalmente constituida– y que se dedica a la comisión de delitos graves con fines de lucro o, en algunos casos, como en el terrorismo, con fines de obtención de poder, principalmente político. Quizá faltan algunos elementos que mencionar, pero, de acuerdo con la doctrina existente en el tema, así como de la legislación local comparada y de la legislación internacional (sobre todo en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas)¹¹², por lo menos son estos los mínimos que constituyen y dan vida a una organización criminal.

Por ello, el Estado mexicano se enfrenta a un reto inmenso y complicado que, con la creación de leyes penales, pretende combatir la delincuencia organizada mediante la intervención de las agencias jurídicas, políticas, académicas e internacionales, que se vinculan unas con otras y deberán, en su conjunto, procurar una debida administración e impartición

¹¹¹ Me refiero a la normativa que aplica únicamente a delitos relacionados a la delincuencia organizada, no a la delincuencia común.

¹¹² Con principal referencia a Convención de la Naciones Unidas Crimen Transnacional (Palermo). Documento que puede ser consultado en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf> (04/08/20201).

de justicia en un marco legal respetuoso de los derechos humanos; sin embargo, hasta el día de hoy no ha sido del todo efectivo. Las funciones de estas agencias suponen una gran responsabilidad moral y ética, pues, si falla una o algunas de ellas, se podrán posicionar ante la desdicha de la impunidad, la corrupción o la injusticia.

Para pretender alcanzar un Estado justo, es indispensable acudir a la razón, a la ciencia del derecho que, más que un conjunto de conocimientos, es un hábito de la inteligencia consistente en buscar las causas de los fenómenos jurídicos (Ferrajoli; 2008, pág. 22) y la demostración de estos de manera racional (Azúa; 2008, pág. 4). No obstante, no toda ley emanada del Estado necesariamente forma parte de la ciencia jurídica o ciencia del derecho, pues el criterio de legalidad resulta insuficiente para calificar la ciencia jurídica a una determinada disposición. No entender, desde una perspectiva filosófica-jurídica el fenómeno de la delincuencia organizada puede incidir en normas que podrán no ser tan efectivas en la práctica y, sobre todo, violar derechos humanos. Para esto, la epistemología permite realizar una reflexión para aclarar los problemas de manera racional.

La política criminal imperante en México, ha implicado, como decisión política previa, la creación de un ordenamiento jurídico que no necesariamente ha sido el correcto (Zaffaroni; 2009, pág. 152).¹¹³ Como señalan Mir Puig y Corcoy Bidasolo (2006, pág.9), no se pueden dejar pasar las actuales líneas de política criminal, cuya importancia no estriba tanto en su actualidad como en el hecho de que existe una alta probabilidad de que sean las que se impongan en el futuro. Que sean “nuevas” –tendencias– no significa que sean “buenas”, pues la actual y presumible futura política criminal no obedece a planteamientos serios, desarrollados a partir de las finalidades que se adscriben al derecho penal. La nueva política criminal no se desarrolla en la línea de prevenir riesgos que, según las circunstancias sociales, requieren de la intervención del derecho penal, sino que se mueve al tenor de los problemas que los medios de comunicación ponen de manifiesto, en algunos casos, creándolos y, en casi todos, magnificándolos. Lo más grave es que en las diferentes reformas legislativas, como la de México en 2008, surte efecto su regulación a partir de las “soluciones” propuestas por esos mismos medios de comunicación o, en su caso, constituyen un mero seguidismo de las líneas político-criminales marcadas por los tratados internacionales o por la influencia de otros países, como Estados Unidos o los que integran la Unión Europea, en la lucha contra la delincuencia organizada.

Lo anterior guarda relación con la *globalización* que se produce también en el ámbito de la política criminal. Lo importante es que la globalización no supone que se haya logrado un cierto consenso mundial acerca de los diferentes problemas de seguridad que nos afectan y un consecuente acuerdo en cómo debe orientarse la intervención penal, sino que las legislaciones de los diferentes países siguen el rumbo trazado desde el núcleo político de occidente (Mir; 2006, pág. 116).

Todo derecho penal responde a una determinada política criminal, y toda política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde, en un tiempo y momento determinado. En los Estados democráticos, su propia constitución sienta las bases de su política criminal y de su derecho penal. No obstante, esto no debe considerarse en un sentido de cierta oposición entre los conceptos de derecho penal y globalización, es decir, como un fenómeno de ámbito estatal contrapuesto a las corrientes internacionales (Mir; 2006, pág. 116).

¹¹³ Como lo señala Eugenio Raúl Zaffaroni, sobre las concepciones más actuales de la política criminal, deslinda dos significados: a) como “disciplina de observación” que determina cuáles son los objetivos de los sistemas penales y en qué medida son alcanzados en la realidad; b) y, como el “arte de legislar o aplicar la ley” con el fin de obtener los mejores resultados en la lucha contra el delito.

Por ello, el ordenamiento constitucional no solo corresponde a un enfoque meramente normativo y positivista, como expresión de voluntad y poder del Estado, sino también desde una óptica sociológica que le permita ver la realidad de las cosas y que la justifique moralmente y la legitime.

La política criminal y el derecho penal son términos necesariamente unidos a la criminología y control social (Muñoz; 1985, págs. 17 y 18), ello para ser funcionales. Es decir, su aplicación frente a ellas –en particular, el derecho penal– se encuentra la criminología como ciencia de la realidad (Roxín; 1997, pág. 46). En cuanto al control social, garante del orden social, dentro de este la norma penal y el sistema jurídico penal, ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces (Muñoz; 1985, pág. 126). Esta referencia es necesaria, pues permite dar sustento a los principios de derecho, que posibiliten aplicar una ley que no se contraponga con las normas particulares de cada Estado ni con el respeto de los derechos humanos.

El problema de la delincuencia organizada es un fenómeno tan complejo y difícil de resolver. Para su solución han tratado de cooperar el derecho penal, la política criminal, el control social y la criminología, entre otras disciplinas científicas. No obstante, la “buena intención” de las agencias políticas para resolver el problema criminal mediante la implementación de medidas y normas penales, la falta de un conocimiento más allá del económico, político y sociológico, difícilmente se podrá proponer un remedio adecuado para esta situación. Y es que en el ámbito político-criminal, ante la presencia de situaciones que trastocan la esfera de convivencia social en armonía, se podría caer fácilmente en la implementación de medidas que pongan en riesgo los derechos fundamentales de los ciudadanos. Tal como señala Marco Antonio Díaz de León (2011, pág. 229):

Una de las principales medidas de política criminal con que cuenta México, como Estado, que sirve para garantizar los fines de evitar la venganza privada, preservar la paz social y su integridad soberana, es, sin duda, mantener fuerte y sin corrupción a la justicia penal, para que el pueblo y el gobernado crean en ésta y no se subleven contra aquel.

De acuerdo con esta aseveración, la implementación de una política criminal que logre la tan anhelada confianza de la sociedad sobre la justicia penal es el gran reto del Estado mexicano, sobre todo en la lucha contra la delincuencia organizada y sus delitos afines, que tanto laceran no solo al pueblo mexicano, sino a todos aquellos que sufren sus causas y efectos lesivos. El texto constitucional, si bien plantea una nueva forma de aplicar e interpretar el derecho, todavía los supuestos ahí establecidos son variables y discutibles, pues la norma penal y procesal penal sugiere medidas no necesariamente apegadas a los derechos humanos.

II. La reforma de 2008, la esperanza de una verdadera justicia penal

Bajo el orden anterior, y con el objetivo de superar los vicios, deficiencias y modernizar el sistema de justicia penal, con la participación de los diferentes sectores políticos, académicos y profesionales del derecho, se logró que el 18 de junio de 2008 se publicara en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el decreto mediante el cual se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; 73, fracciones XI y XXIII; 115, fracción VII, y 123, la fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), además de las posteriores, y más relevantes en la materia, publicadas el 1 de junio de 2009, 29 de julio de 2010, 14 de julio de 2011, 2 de julio de 2015, 29 de enero de 2016, 26 de marzo, 12 de abril de 2019 y 28 de mayo de 2021, también en el DOF. Dichas reformas constituyen un nuevo paradigma de justicia penal en México, encaminado a la adaptación de una nueva cultura jurídica caracterizada por el respeto de los derechos humanos, tanto del imputado como de la víctima, la transparencia, la equidad y la imparcialidad, bajo los principios rectores plasmados en la CPEUM, siendo: 1) publicidad, 2) contradicción, 3) concentración, 4) continuidad y 5) inmediatez (artículo 20). De acuerdo con

el decreto de 2008, el sistema tendría como fecha límite para su aplicación en todo el territorio nacional el 18 de junio de 2016.

En sus inicios, y durante su implementación, la ilusión de alcanzar una verdadera y anhelada justicia penal estaba en puerta. El entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Luis María Aguilar, en 2016, aseguró que el nuevo sistema –de justicia penal– pondrá al día a la nación en asuntos pendientes como “la justicia pronta, el rol de las víctimas en el proceso, la aplicación del principio de inocencia o la transparencia”¹¹⁴.

Llamaron la atención la crítica de algunos escépticos o retractores sobre el nuevo sistema de justicia penal. Los expertos del Centro de Investigación para el Desarrollo (CIDAC), mediante un informe (Hallazgos 2015, Evaluación de la Implementación y Operación a Ocho años de la Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal, 2015)¹¹⁵, evaluaron los avances del país y de cada uno de sus Estados para determinar el cumplimiento, en materia legal y judicial, de establecer el sistema penal acusatorio para el 18 de junio de 2016. Se descubrió que ninguna entidad federativa había llegado al estándar fijado para 2014, pues, en su informe, se consideró que existía: un retraso de coordinación entre instituciones; la disparidad de criterios de actuación entre cada Estado; el constante cambio de autoridades impartidoras de justicia; y la falta de capacitación a la policía como primer interviniente. Hoy, no propiamente por voluntad política, el sistema de justicia penal se aplica en todo el país. Pero la discusión y los debates académicos sobre la efectividad de la reforma todavía continúa.

Por su parte, la reforma de 2008 derivó en la expedición y reformas de distintos ordenamientos legales –21 leyes federales y 350 normas locales–, que forman parte o se relacionan con el sistema de justicia penal, entre los cuales destacan: la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia penal, en 2014; el Código Nacional de Procedimientos Penales¹¹⁶ (CNPP), en 2014; Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, en 2016, y la Ley Nacional de Ejecución de Penas, en 2016.

A pesar de las objeciones y críticas¹¹⁷, con la entrada en vigor del nuevo modelo de justicia penal se dejó atrás un sistema obsoleto¹¹⁸ de corte inquisitoria, por uno de carácter acusatorio, oral y adversarial, bajo principios rectores garantes de los derechos humanos, de respeto a la dignidad humana. Es decir, nace un proceso penal ajustado a los principios constitucionales del debido proceso, de presunción de inocencia, de audiencia y defensa, de equidad procesal, de *indubio pro reo* –la duda beneficia al reo–, de prohibición de doble punición, entre otros. Pero, es en los controversiales artículos constitucionales 16, 19 y 22 que

¹¹⁴ Nota que puede ser consultada en: https://elpais.com/internacional/2016/06/18/mexico/1466268324_944192.html

¹¹⁵ Informe que puede ser consultado en el sitio web (9/08/2021): http://cidac.org/wp-content/uploads/2016/05/HALLAZGOS_2015.pdf

¹¹⁶ El párrafo tercero, del artículo segundo transitorio, del Decreto por el que se reforma y adicionan diversas disposiciones de la CPEUM, publicado el 18 de junio de 2008, remite al CNPP el sistema procesal penal acusatorio, que entró en vigor a nivel federal de manera gradual hasta el 18 de junio de 2016. En el CNPP se establecen las características y principios con que se regirá el procedimiento penal adversarial, entre éstos los ya derivados de la CPEUM, así como los principios de igualdad ante la ley, igualdad entre las partes, juicio previo y debido proceso, de presunción de inocencia y de prohibición de doble enjuiciamiento.

¹¹⁷ Nota que puede ser consultada en el sitio web: https://elpais.com/internacional/2016/05/05/mexico/1462406015_076397.html

El ahora ministro en retiro, José Ramón Cossío, mencionó: Los procesos son escritos, son largos. En ellos el juez no siempre está presente en las audiencias (se hace ante secretarios, por las cargas de trabajo) y al final dicta sentencia en un proceso en el que no fue un actor principal, en: Diario *el País* (18/06/2016), “Una reforma lenta para acelerar la justicia en México” R. Seco, en: https://elpais.com/internacional/2013/07/27/actualidad/1374941018_322609.html

¹¹⁸ El ahora ministro en retiro José Ramón Cossío, mencionó: “Los procesos son escritos, son largos. En ellos el juez no siempre está presente en las audiencias (se hace ante secretarios, por las cargas de trabajo) y al final dicta sentencia en un proceso en el que no fue un actor principal”, en: https://elpais.com/internacional/2013/07/27/actualidad/1374941018_322609.html

se establecen en lo general tanto la definición como el tratamiento jurídico con el que el Estado enfrentará a la delincuencia organizada.

Las normas secundarias también se ven obligadas a armonizarse, al modificar algunos de sus preceptos y procedimientos legales para enfrentar el fenómeno de la delincuencia organizada de una manera más efectiva, donde se enjuicie y, en su caso, castigue a quienes participen en este delito, y con ello disminuir la impunidad.

El artículo 16 constitucional, además de establecer las condiciones legales de las figuras del derecho a la protección de datos personales; de la oralidad; de la orden de aprehensión; de la disposición inmediata del inculcado ante el juez; de la detención del indiciado, de los casos de urgencia y flagrancia; del término o plazo de retención ante el Ministerio Público; de la orden de cateo; de la intervención de comunicaciones privadas; de los jueces de control y de las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación; entre otros supuestos legales, también se establece en cuanto al delito de delincuencia organizada, cómo el Ministerio Público podrá decretar el arraigo de una persona y bajo qué circunstancias; asimismo, define vagamente lo que se entiende por delincuencia organizada y que permite duplicar el plazo constitucional de 48 horas en aquellos casos que la persona retenida por el Ministerio Público prevea una participación en dicho delito. Además, señala en qué condiciones podrá el Ministerio Público ordenar la detención de una persona en caso de urgencia, cuando se trate de delitos graves (incluida la delincuencia organizada, pues es considerada por el Código Penal Federal como delito grave).

La aplicación de estas medidas tanto la intervención de comunicaciones como el arraigo, entre otras, serán autorizadas por los poderes judiciales, a través de la figura del juez de control, el cual resolverá de manera inmediata las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, donde se garantice los derechos de los indiciados y de las víctimas.

El artículo 19 constitucional también señala que, en el caso de delincuencia organizada, el juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente sin dejar esta decisión al arbitrio del Ministerio Público. Mientras tanto, el artículo 22, de conformidad con el espíritu de la reforma de 2008, para combatir el crimen organizado, implementa a nivel constitucional el procedimiento de extinción de dominio¹¹⁹.

Todas estas medidas, procedimientos y técnicas, establecidas a nivel constitucional son la expresión de la necesidad del Estado de combatir tan complejo fenómeno criminal. Es por ello que, si bien se determinó que el sistema jurídico mexicano debía ser reformado por no cumplir con las expectativas globales de un sistema sólido, moderno y eficiente, se abrió el debate sobre la idoneidad para implementar un tratamiento jurídico específico contra el crimen y, con especial énfasis, en la delincuencia organizada ante el arranque de un nuevo sistema de justicia adversarial en México y con la iniciativa de reforma de 2011 en puerta, en materia de derechos humanos.

Tal como lo señala Díaz De León (2011, págs. 227 y 228), el nacimiento del nuevo proceso penal acusatorio ratificó las normas constitucionales adjetivas protectoras de la seguridad jurídica que debe otorgar el Estado, así como su poder de jurisdicción, como lo establece el artículo 17 constitucional. El cambio paradigmático de la justicia penal mexicana

¹¹⁹ Procederá respecto a los siguiente bienes: aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aun cuando se haya dictado sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió; aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior; aquellos que están siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo; aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son productor de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por éstos delitos se comporte como dueño.

también pretendió una modificación en torno a un proceso penal armonioso con todas las agencias e instituciones jurídicas que tratan sobre la cuestión criminal en un clima respetuoso de los derechos humanos. En concordancia con Díaz De León (*Ibid*), la implementación de tal sistema, promotora de una justicia penal garante, ha sido fruto de una evolución social, democrática y legislativa en la búsqueda de un hipotético progreso de la sociedad, de los poderes estatales, de partidos políticos, de legisladores, mediante el logro del tan ansiado cambio de enjuiciamiento, para combatir el delito. En 2008 se dio un gran paso, por lo menos en lo teórico, en la integración real de los derechos humanos en un sistema de justicia penal arcaico y, por qué no, ortodoxo.

Sin embargo, además de las críticas a la reforma, algunos académicos e investigadores han hecho eco sobre los riesgos que ha sufrido la CPEUM al permitir la inserción en el ordenamiento legal de figuras que reducen, o ponen en riesgo, la protección de los derechos humanos en aras de obtener pruebas, mediante técnicas de investigación, como el arraigo, para enjuiciar a los indiciados por el delito de delincuencia organizada.

III. La perspectiva bélica

La política criminal es uno de los caminos para que el derecho penal funcione, valiéndose de todos los medios que le aportan las ciencias penales. Sin embargo, no toda política criminal que se haya impuesto o se imponga a futuro significa que sea la que resuelva los problemas estructurales de seguridad pública y de combate al crimen, pues ha surgido un modelo jurídico visible en la mayoría de las legislaciones locales en materia de seguridad¹²⁰, sin ser la excepción México, consistente en la creación de un modelo de “seguridad nacional/global”, con perspectiva bélica (Zaffaroni; 2006, págs. 17 y 18)¹²¹, que fue poco a poco infiltrándose en la idea de colocar al Estado en una guerra permanente contra la delincuencia organizada. Ahora, el modelo de seguridad nacional/global se va transformando a uno de seguridad ciudadana, pero con la misma influencia bélica.

La idea de establecer una guerra emprendida contra la delincuencia organizada, como la iniciada partir de la administración del expresidente Felipe Calderón Hinojosa¹²², quien en su momento emitió una “declaratoria de guerra” en contra de estas organizaciones criminales, en específico, al delito del narcotráfico, y que continúa hasta el día de hoy, tiene la pretensión de impulsar un modelo de seguridad global o de seguridad nacional, que no necesariamente implica el respeto de la reglas de los convenios de Ginebra y sus protocolos¹²³, pues no se trata de una guerra convencional, que se extendió hacia la lucha contra otras formas delictivas – como el terrorismo a partir de 2001–, donde la participación de la fuerzas castrenses

¹²⁰ Por ejemplo, la Ley de Seguridad Nacional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de enero de 2005.

¹²¹ El claro ejemplo de especialización del Derecho procesal penal en materia de crimen organizado se puede observar en la legislación francesa. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20170123-09/09/2021->, en el Código de Procedimiento Penal, fue adaptado a las exigencias de la lucha contra la delincuencia organizada (Libro IV, Título XXV -*De la procédure applicable à la criminalité et à la delinquance organisées*-, última modificación mediante Ley no. 2016-731, de 3 de junio de 2016). No obstante, en el ámbito penal y procesal penal, con frecuencia se plantean regulaciones que no se sujetan los principios concretos que fundamentan el Derecho penal. La mayoría de las veces, se restringen en exceso los derechos fundamentales, tomando como justificación una pretendida necesidad de seguridad nacional, tal como se desprende de la sentencia de la *Cour de Cassation* 2015-508 QPC de 11 de diciembre de 2015, en el que se hace referencia a la inconstitucionalidad al 8° bis (abrogado) de los artículos 706-73 del Código francés de Procedimientos Penales, en materia de delincuencia organizada.

¹²² Nota que puede ser consultada en: <https://www.nytimes.com/es/2018/11/28/espanol/opinion/opinion-lopez-obrador-guardia-nacional.html>

¹²³ Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales. Documentos que pueden ser consultados en el siguiente sitio web: <https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales> (09/08/21).

protagonizan un rol fundamental¹²⁴ y dejaron a un lado la exclusiva atribución que las fuerzas policiales legalmente concentraban para la persecución e investigación de los delitos.

La reforma de 2008 fue clara, de acuerdo con el artículo 21 constitucional, el Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno se coordinarán entre sí para cumplir los fines de la seguridad pública, además de atribuirles actividades de investigación y persecución del delito, conforme al Sistema Nacional de Seguridad Pública. Pero la reforma constitucional de 2019 incluye la creación de la Guardia Nacional como parte de las instituciones policiales de orden civil, aunque en la realidad no lo sea, pues se ha demostrado que su formación, capacitación y mando ha sido de carácter militar. Es decir, la aplicación de legislación excepcional o bien, la norma aplicable bajo el denominado “Derecho penal del enemigo” (Muñoz; 2004, pp. 163-183), que se intensifica después de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 a las torres gemelas del *World Trade Center* en Nueva York, implicó una “declaratoria de guerra” a la delincuencia organizada, por supuesto que se inicia esta lucha mediante un “modelo de lucha contra el terrorismo”¹²⁵.

En cuanto a los ordenamientos secundarios modificados¹²⁶ a causa de la reforma constitucional de 2008, sin restar importancia a otros ordenamientos, es la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO) la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (LGSNSP) y la Ley de la Guardia Nacional (LGN), estas últimas leyes reglamentarias del artículo 21 constitucional adquieren una gran relevancia por tratarse de textos legales donde se observan las medidas y procedimientos aplicables en la lucha contra este fenómeno criminal.

Por un lado, y en primer término, la LFDO¹²⁷ sufre cambios normativos en razón de las modificaciones a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, principalmente. A partir de la definición plasmada en el artículo 16 constitucional, se adecúa el texto constitucional a la propia definición leída en el artículo 2° de la LFDO. Se puede advertir, en comparación con el texto constitucional, que en la LFDO se agrega una relación de delitos que se vinculan a la conducta definida como delincuencia organizada –terrorismo, financiamiento del terrorismo, acopio y tráfico de armas, tráfico de personas, tráfico de órganos, corrupción de menores, pornografía infantil, lenocinio, asalto, tráfico de menores, robo de vehículo, trata de personas, secuestro y, a partir de 2019, contrabando y defraudación fiscal, entre otros.

Asimismo, a partir del 23 de enero de 2009, se agrega a la Ley el artículo 11 bis, reformado en 2016, y se modifica el artículo 12, se agrega un artículo 12 bis, 12 ter, 12 quáter y 12 quintus, donde se establecen las reglas relacionadas a la figura procesal establecida en la constitución (art. 16): el arraigo. Por otra parte, se reforman: el artículo 16 y subsiguientes, sobre la intervención de comunicaciones privadas, artículo controvertido por poner el riesgo el derecho humano a la intimidad y protección de datos personales; el artículo 35 y subsiguientes sobre la colaboración en la persecución de la delincuencia organizada; el artículo 42 y subsiguientes en materia de prisión preventiva, ejecución de penas y medidas de seguridad.

¹²⁴ Tal como se observa en el artículo 5, fracción V, de la Ley de Seguridad Nacional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de enero de 2005, que señala: “... para los efectos de la presente Ley, son amenazas a la Seguridad Nacional: [...] V. Actos tendientes a obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada...”.

¹²⁵ Especialmente el modelo de Estado de Guerra característico de los Estados Unidos, que, de acuerdo con Manuel Carrasco Durán (2019, págs. 33.), señala que: tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, Estados Unidos formuló la doctrina según el cual el país estaba en guerra contra el terrorismo, y que ese estado de guerra cristalizó una serie de normas que, en la práctica, dejaban un gran margen de discrecionalidad a la Administración a la hora de adoptar medidas para prevenir la comisión de acciones terroristas.

¹²⁶ La LFDO, publicado en el DOF el 7 de noviembre de 1996. Esta norma fue reformada en los años 2011, 2014 y 2016, siendo la última la publicada el 20 de mayo de 2021. La LGSNSP, publicada en el DOF el 2 de enero de 2009; la LGN, publicada el 27 de mayo de 2019.

¹²⁷ La LFDO tiene por objeto establecer las reglas para la investigación, persecución, procesamiento, persecución, sanción y ejecución de pena, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada (art. 1).

Estas modificaciones normativas se sujetan a los cambios constitucionales aplicables a la implementación de sistema de justicia penal adversarial y en materia de derechos humanos para armonizar los procedimientos legales que implica el combate a la delincuencia organizada. La desesperada labor por parte del Estado para combatir este delito ha implicado la modificación de los diversos ordenamientos legales al legislar sobre medidas y técnicas de investigación de dudosa efectividad, que ponen en entredicho la prevalencia de un Estado de derecho respetuoso de la dignidad humana. El arraigo, la intervención de comunicaciones privadas, el decomiso, el agente infiltrado, la prisión preventiva, son figuras que permiten cuestionar al propio sistema de justicia penal, pues es el principio de presunción de inocencia, elevado a rango constitucional, que implica que se presume la inocencia de la persona imputada mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa (artículo 20, apartado B, inciso I), principio que se contrapone, o, por lo menos, permite debatir respecto a la aplicación legal de estas medidas.

Es importante mencionar que, bajo el esquema de un sistema de justicia penal protector de los derechos fundamentales, de respeto a la dignidad humana, algunos gobiernos, contradictoriamente, han optado por legislar medidas encaminadas a preponderar la seguridad ciudadana en detrimento de los derechos fundamentales. Medidas que han generado debate a nivel mundial sobre su constitucionalidad, pues figuras como el arraigo, la prisión preventiva, la denuncia anónima, la intervención de comunicaciones, la entrega vigilada o el agente encubierto se han insertado en los textos legales en contraposición a los principios fundamentales, como la presunción de inocencia. Estas figuras legales tan cuestionadas¹²⁸ surgen por la necesidad de luchar contra un fenómeno criminal tan complejo, denominado delincuencia organizada, pero en detrimento de los derechos fundamentales. Como bien señala Raúl Plascencia Villanueva (2011, pág. 3):

Las constantes modificaciones al marco jurídico mexicano trajeron como consecuencia una reducción en la protección de los derechos humanos a través de un adelgazamiento de las garantías previstas en la Constitución Políticas de los Estados Unidos Mexicanos; se incorporaron figuras tales como el arraigo, la denuncia anónima, el régimen de excepción para la delincuencia organizada o bien el endurecimiento de las penas que son un reflejo de esta orientación que se pretende justificar bajo el falso dilema de seguridad *versus* derechos humanos, cuando más bien el sistema de justicia penal debe reforzarse por medio de la protección de los derechos humanos.

De tal forma, es relevante señalar que las modificaciones a la CPEUM no sólo parten de la voluntad política de los legisladores y gobernantes, sino también porque el Estado mexicano asumió las obligaciones establecidas en el Tratado de Palermo de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, el cual firmó y ratificó; es decir, la lucha contra la delincuencia organizada y de la implementación de figuras jurídicas para combatirla parte de la “mundialización” del crimen organizado que ha traído como graves consecuencias la afectación de las sociedades (*Vid.*, García, 2005).

Diversos países –principalmente, Estados Unidos y los de la Unión Europea– han adoptado diversas medidas a nivel internacional para dar solución al fenómeno ilícito.¹²⁹ Entre

¹²⁸ Uno de los críticos es el abogado Juan Carlos Gutiérrez, quien puso en la tela de juicio la convivencia entre el nuevo modelo de justicia penal, más respetuoso de los derechos humanos, y figuras como el arraigo o la prisión provisional automática, diseñada para combatir el crimen organizado, pues supone “una esquizofrenia y es incompatible con el nuevo sistema penal”. Nota que puede ser consultada en: https://elpais.com/internacional/2016/06/17/mexico/1466194118_225035.html

Plascencia Villanueva, Raúl, “La situación de los derechos humanos en México”, en: VV.AA., *La situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas sobre justicia penal... op. cit.*, pág. 3.

¹²⁹ Problemas y peligros que plantea la delincuencia organizada transnacional en las distintas regiones, documento base. Naciones Unidas, Consejo Económico Social, Conferencia Ministerial Mundial sobre la delincuencia transnacional organizada, noviembre de 1994, Nápoles.

estas prevenciones se pueden encontrar normas internacionales que permiten un aparato policial que se puede mover sin limitaciones judiciales, invasión a la privacidad, etc. A estas normas, diversos autores, como Eugenio Raúl Zaffaroni, Luis Gracia Martín y Francisco Muñoz Conde, los han caracterizado bajo la teoría de Günter Jacobs del “Derecho Penal del Enemigo”; Muñoz Conde (2010) lo hace de la siguiente manera:

- a) Aumento de gravedad de las penas más allá de la idea de proporcionalidad, aplicando incluso “penas draconianas”,
- b) Abolición o reducción a un mínimo de las garantías procesales del imputado, como el derecho al debido proceso, a no declarar contra sí mismo, a la asistencia de un abogado, etcétera.
- c) Criminalización de conductas que realmente no ponen en verdadero peligro para bienes jurídicos concretos, adelantando la intervención del Derecho penal, aún antes de que la conducta llegue al estadio de ejecución de un delito (págs. 20 y 21).

Características que se agrupan en una especie de declaratoria de guerra contra un “enemigo”, al que no define, que no tiene rostro, que describe vagamente como miembros de organizaciones criminales, narcotraficantes y multirreincidentes. A estos “enemigos” los declara como “No personas”, que se sitúan de un modo claro y permanente fuera del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, se les priva de los derechos que ese ordenamiento solo concede a la “persona”.

No obstante, la intención del legislador en cuanto a las reformas constitucionales, que no se apartan de la influencia de los tratados internacionales firmados y ratificados por México en materia de derechos humanos y combate a la criminalidad transnacional ni de la influencia de la política exterior de los Estados Unidos y de los de la Unión Europea, es renovar un sistema jurídico obsoleto, poco transparente y cuestionado por la opinión pública. Dicha transformación va dirigida a disminuir los índices de impunidad, corrupción y lentitud en los procesos penales; a aumentar la transparencia y agregarse como un sistema afín a los demás sistemas jurídicos más importantes en el mundo. El tratamiento jurídico en torno a la delincuencia organizada resulta de vital importancia en cuanto a la implementación de un nuevo sistema de justicia penal adversarial, siempre y cuando sea respetuoso de los derechos humanos y no ponga en riesgo las libertades de la ciudadanía bajo simple sospecha de pertenecer a un grupo criminal organizado.

Por otra parte, motivado por esta “declaratoria de guerra”, bajo el esquema de un sistema penal garantista, de respeto a la dignidad humana, el gobierno mexicano optó por legislar medidas encaminadas a preponderar la seguridad pública/ciudadana,¹³⁰ que, a pesar de los riesgos que implica la militarización de la policía, el 2 de enero de 2009 se publicó la LGSNSP, que tendrá como objeto regular la integración, organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Seguridad Pública, así como la distribución de competencias y las bases de coordinación entre la federación, las entidades federativas y los municipios, en esta materia (art. 1).

En el artículo 6° de la ley, si bien es cierto, se señala que las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, también lo es que en los artículos 10 y 12 se establece que la organización del Sistema Nacional de Seguridad Pública estará integrado por el Consejo Nacional de Seguridad Pública, instancia superior de coordinación y definición de políticas públicas (art. 10), y que estará integrado por el presidente de la República, el secretario de

¹³⁰ En este momento, tampoco quiero entrar a un debate sobre la denominación de seguridad pública o seguridad ciudadana, simplemente intento matizar a la obligación del Estado a garantizar el derecho a la seguridad de los ciudadanos en todos sus aspectos, tanto físicos, patrimoniales, libertarios, etcétera, así como de certeza y seguridad jurídica.

Gobernación, el secretario de la Defensa Nacional y el secretario de Marina, entre otros funcionarios del orden civil (art. 12). Es decir, las fuerzas armadas tendrán injerencia en la implementación de políticas en materia de seguridad, lo que eleva los riesgos de militarización de la policía.

De ahí que en 2019 nace la Ley de la Guardia Nacional, que crea a la Guardia Nacional, institución de seguridad pública de carácter civil (art. 3), y que establece que tendrá como objeto realizar la función de seguridad pública a cargo de la federación y, en su caso, conforme a los convenios que para tal efecto se celebren, colaborar temporalmente con las tareas de seguridad pública que corresponden a las entidades federativas o municipios (art. 5). Pero, en los “transitorios” de la ley, nuevamente se menciona a las fuerzas castrenses para que integren la Guardia Nacional (transitorio tercero), pues, en tanto no exista personal con la jerarquía que se requiere para ocupar la titularidad de las coordinaciones previstas en las fracciones III, IV y V del artículo 12 de esta ley, el secretario de Seguridad y Protección Ciudadana, a propuesta del comandante de la Guardia Nacional, los designará de entre los elementos de la policía federal –en extinción–, de la policía militar y de la policía naval. En el transitorio noveno y décimo tercero, se señala que los elementos de las policías militar y naval, asignados a la Guardia Nacional, deberán acreditar los cursos de capacitación en los términos que para tal efecto señale la ley, para cumplir con sus actividades policiales, y que serán asignados a la Guardia Nacional por acuerdos de carácter general que emita el presidente de la República, de acuerdo con los supuestos normativos establecidos.

De lo anterior se desprende la gran participación e injerencia de las fuerzas armadas, que me parece no es menor, en la creación de la Guardia Nacional y su desempeño –integración, capacitación, profesionalización– para combatir tanto la delincuencia común como la organizada.¹³¹ Aspectos que han sido parte de la estrategia para combatir el crimen, son: crear instituciones policiales, bajo mando o entrenamiento militar, y la participación del Ejército y la Marina en las decisiones para imponer políticas en materia criminal. Los derechos humanos se encuentran en un potencial riesgo cuando la seguridad queda en manos de las fuerzas militares y no de la policía o, en su caso, cuando el Estado militariza a las instituciones policiales, pues, desde la propia ley, las funciones y naturaleza del Ejército o la Marina son totalmente distintas a la de la Policía. Es decir, no son compatibles ni similares las funciones constitucionales para las cuales fueron creadas. El despliegue de las fuerzas armadas para combatir la delincuencia, y su injerencia en las instituciones policiales, ha coincidido con el aumento de las violaciones de los derechos humanos.

Dicha militarización la justifica el Estado bajo una perspectiva bélica de seguridad nacional, que habilitó una lucha contra el enemigo que no respeta ni las propias leyes de la guerra mediante una forma diferenciada del uso de esta norma excepcional que se deduce en el no respeto a las garantías penales y procesales, como en el caso de la delincuencia común. Que un Estado aplique normas excepcionales podría poner en riesgo los derechos fundamentales de la mayoría de la ciudadanía que, por el simple hecho de encontrarse bajo sospecha de vínculo con una organización criminal, permite la aplicación de medidas especiales (como la prolongación de detención e incomunicación) que rompe con el principio garantista de presunción de inocencia, por decir un ejemplo. De ahí que sea importante señalar la relación conflictual entre la legislación (procesal) mexicana que trata sobre la cuestión criminal organizada y el marco normativo que protege derechos y libertades. Es decir, ¿hasta qué punto deberá el Estado privilegiar la seguridad sobre las libertades que son características de un modelo democrático? Por ello resulta fundamental que las medidas impuestas por algún

¹³¹ Nota que puede ser consultada en: https://elpais.com/internacional/2018/11/15/actualidad/1542253846_996482.html

Estado o las reformas legales que se impulsen deban aplicarse con la debida legalidad (principio del debido proceso) y de la manera más cuidadosa para no lesionar derechos fundamentales.

IV. A diez años de la reforma de 2011 en materia de derechos humanos. Agenda pendiente de justicia penal

En México, las reformas constitucionales de 2011¹³², materializan la necesidad de incorporar en la carta magna, y en el sistema de justicia penal, nuevos paradigmas en materia de derechos humanos, lo que requiere de una nueva forma de comprender e interpretar el derecho, donde los derechos fundamentales y su defensa se elevan al más alto rango constitucional e internacional –a través de los tratados internacionales de los que México sea parte–, con la premisa de que toda persona posee ciertos derechos fundamentales que otros deben respetar (Hübbe; 2020, pág.46).

Esta idea elemental se consagra en el artículo 1º de la CPEUM, donde se establece que toda persona gozará de los derechos humanos reconocidos en la constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como las garantías para su protección, salvo los casos y condiciones que la propia constitución establezca. Además, toda autoridad tendrá la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos, en los términos que establezca la ley, al ser atribución de los tribunales resolver las controversias que se susciten por las normas generales, actos u omisiones de la autoridad o tratados internacionales que los violen o transgredan las garantías otorgadas para su protección por la constitución.

Con la reforma inicia una época jurisprudencial en México, donde el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de las personas se tiene como aspiración de todo el sistema, ello impacta en la impartición y administración de justicia. Sin embargo, es indispensable que los involucrados en el ejercicio de la justicia y el cuidado de las garantías de las personas se alejen de la visión tradicional que tiene a la constitución en general, y a los derechos humanos en particular, como un catálogo de buenas intenciones, pues la realidad social ha demostrado lo contrario.

La CPEUM, en sus artículos 14 y 16¹³³ tutela las garantías a la seguridad y certeza jurídica. Estos supuestos jurídicos permiten entender, o mejor dicho, interpretar la norma en el sentido que deberá aportar a su destinatario previsibilidad jurídica (Vigo, 2014, págs. 81-83). Es decir, toda norma deberá proveer certeza a los ciudadanos en cuanto a las consecuencias por el incumplimiento de una norma (puedo hacer todo aquello que no esté prohibido) y, por lo tanto, sobre el cómo actuarán las instituciones, en este caso, de seguridad, impartición y administración de justicia. Si se comete un delito, traerá como consecuencia un castigo, una sanción o una pena –según aplique–, una vez que se hayan cumplido todas aquellos procedimientos y formalidades legales que correspondan.

¹³² DOF, de 10 de junio de 2011.

¹³³ En lo sustancial, se precisa en dichos preceptos, respectivamente que: “...Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones y derechos, sino mediante juicios seguido ante tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y con las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”, y “...Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...”.

Cabe lo que Humberto Ávila (2014) menciona:

...se quiere demostrar que el principio de seguridad jurídica es un instrumento que garantiza la eficacia de otros principios, como la igualdad, la libertad y la dignidad. En otras palabras, sirve para garantizar un estado de responsabilidad de la acción y la argumentación del ciudadano, mediante la moderación estatal (pág. 107).

Ya han pasado diez años desde la vigencia de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y 14 años de la reforma en materia penal. Todavía no se ha alcanzado el ideal filosófico-jurídico de lo que se entiende como seguridad y certeza jurídica, mucho menos de lo que es justicia. Los miles de desaparecidos y los miles de muertos en México son un claro ejemplo, además de la impunidad imperante, y que el Estado no ha podido resolver, entre otras situaciones lamentables que sufre el país.

Hasta este momento, la justicia penal no ha resuelto el problema del crimen, mucho menos de la delincuencia organizada y de los delitos afines a ésta. La violación de los derechos humanos, la impunidad, la corrupción, la violencia desmedida, los homicidios, los desaparecidos, las desigualdades, la demagogia política, el terror, la desconfianza en las instituciones públicas, el desprecio a la ley, la incompetencia de algunos operadores de las agencias jurídicas y políticas son “el pan de cada día” de los problemas que aquejan y laceran a un país hambriento de justicia.

Con ello no quiero asegurar que la reforma del sistema de justicia penal sea un fracaso, quizá el problema no es la norma, sino el operador de ella. Además, los vicios normativos que fueron insertados en la constitución, tales como las figuras como el arraigo, la prisión preventiva, la intervención de comunicaciones, entre otros, para combatir la delincuencia organizada han demostrado su poca o nula eficacia para erradicarla o, por lo menos, contenerla. La justicia penal no es perfecta ni lo será en poco tiempo. Pero, puedo estar convencido de que las reformas penal y en materia de derechos humanos han sido unos de los más importantes aciertos legislativos en la vida jurídica del país de los últimos 80 años, pues el sistema de justicia penal se ha tornado respetuoso de los derechos o garantías de los imputados y de las víctimas; no obstante, que la lucha contra el fenómeno de la delincuencia organizada, como norma de excepción –denominada “derecho penal del enemigo” – ha reducido y pone en riesgo las libertades –deambulatoria, a la privacidad, a la intimidad, a la integridad física, a la vida, a la dignidad humana– de las personas, así como a los derechos humanos.

La presunción de inocencia es el principio medular que se contrapone a estas figuras o, en algunos casos, a las técnicas de investigación establecidas en los ordenamientos legales analizados –sobre todo en la LFDO–, pues sin existir los elementos para suponer, en ocasiones, la consumación del delito de delincuencia organizada se corre el riesgo de privar, con fines de investigación criminal, de sus libertades a un ciudadano inocente, que se encontraba en el lugar equivocado, en el momento equivocado.

Además de la legislación de excepción que ponen en riesgo los derechos humanos, la tortura, los malos tratos, los desaparecidos, los homicidios, las detenciones arbitrarias han favorecido el clima de inseguridad jurídica y aumenta la desconfianza de un sistema de justicia penal, que propicia la permanencia de una impunidad imperante (Hübbe; 2021, págs. 19-30) y, por supuesto, que la delincuencia opere sin mayores obstáculos en el país, tal como sucede hoy en día, donde los cárteles de la droga, por ejemplo, están enquistados en la estructura de algunas instituciones públicas.

El futuro de la justicia en México no es nada alentador. Se requiere de la cooperación y colaboración internacional para superar esta crisis de justicia, así como de la participación de académicos e investigadores, de políticos, de profesionistas, de humanistas, de activistas, todos decididos a fomentar los derechos humanos en todos sus aspectos. El Estado deberá tratar a todos los seres humanos como personas por igual sin hacer distinción al momento de ejercer el poder punitivo, limitándolo y reduciéndolo, y derogar aquellas normas que atenten contra los derechos más fundamentales y que predomine el Estado constitucional y democrático de derecho.

V. Conclusiones

La complejidad del fenómeno criminal de la delincuencia organizada, desde hace ya algunas décadas, ha sido una de las grandes preocupaciones de las naciones del mundo, tanto que es tema primordial de las agendas políticas y debates internacionales para combatirla.

Para México no ha sido la excepción la gran preocupación que ha generado la delincuencia organizada. Por tanto, el sistema de justicia penal mexicano es reformado drásticamente en torno a una nueva cultura jurídica de respeto de los derechos fundamentales de todas las personas. Es entonces que el 18 de junio de 2008 se publica en el DOF la reforma a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; 73, fracciones XI y XXIII; 115, fracción VII, y 123, la fracción XIII, de la CPEUM.

En sus artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, se establece en general sobre el tratamiento constitucional que seguirá el delito de delincuencia organizada, lo que en consecuencia llevó a la modificación y adecuación de los nuevos ordenamientos penales que norman lo relacionado a dicho delito.

En este sentido, se elevan a rango constitucional algunas figuras tan cuestionadas que violan derechos humanos por contraponerse al principio de presunción de inocencia, tales como el arraigo, la intervención de comunicaciones privadas, la prisión preventiva, la extinción de dominio, la militarización de la policía, entre otras, que se derivan a las leyes secundarias (LFDO y LGN, por mencionar algunas), como al agente encubierto o infiltrado, la entrega vigilada, etcétera.

México, al seguir las tendencias internacionales, plasmadas en tratados internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, crea un nuevo sistema de justicia penal, en el que procura llevar a cabo una tarea difícil de lograr, en este caso, combatir la delincuencia organizada, disminuir los índices de impunidad y corrupción, y sobre todo, mejorar la percepción que tiene la sociedad mexicana (y la internacional) respecto a su justicia penal. Tal es la razón que, tratándose de un sistema que se desarrolla en los principios constitucionales (entre los torales: publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación), crea esa necesidad de cambiar la historia, mal o bien, de modernización de un sistema obsoleto, lento, ineficiente y corrupto, que al final pueda alcanzar los objetivos que busca toda sociedad: orden, paz, coexistencia y progreso.

VI. Referencias bibliográficas

- Ávila, Humberto (2014). Seguridad jurídica: una teoría estructural, en: VV.AA., *Seguridad Jurídica en el Sistema Democrático*, Pedro Esteban Penagos López (Coord.), ed. Tirant lo Blanch, México, 107-132.
- Azúa Reyes, Sergio T. (2008), *Métodos y técnicas de investigación jurídica*, 7ª edición, ed. Porrúa, México.
- Bergalli, Roberto (2004). Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía”, en: VV.AA., *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Losano, Mario G. y Muñoz Conde, Francisco (Coords.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 59-78.
- Carrancá y Rivas, Raúl (2010). *La Reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública. Variaciones críticas*, ed. Porrúa, México.
- Carrasco Durán, Manuel (2019) ¿Tiene sentido disminuir las garantías en los procesos por causa del terrorismo? Distintos modelos en derecho comparado, en: VV.AA., *Seguridad humana y derechos fundamentales. En defensa del Estado de Derecho*, Viridiana Molineros Hassan y Joan Lluís Pérez Francesch (comps.), Universidad del Norte, Bogotá.
- Carrillo García, Salvador (2020). El autoritarismo en México: La Guardia Nacional como señal de concentración del poder”, en: VV.AA., *Derechos humanos: Agenda pendiente por la libertad*, Tadeo Eduardo Hübbe Contreras y Salvador Carrillo García (Coord.), ed. Tirant lo Blanch, México, 163-188.
- Cerina, Darío Giorgio (2008). La lucha contra la delincuencia organizada: notas desde el derecho penal sustantivo y referencias al agente encubierto como medio de investigación extraordinario en una perspectiva interna y supranacional, en: VV.AA., *Dos décadas de reformas penales*, Nieves Sanz Mulas (Coord.), ed. Comares, Granada, 145-176.
- Díaz De León, Marco Antonio (2011). Las denominadas etapas intermedias y de juicio en el proceso penal acusatorio, en: VV.AA., *La situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas sobre justicia penal*, Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (Coords.), UNAM, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 227-250.
- Ferrajoli, Luigi (2008). *Epistemología Jurídica y Garantismo*, ed. Fontanamara, México
- García Ramírez, Sergio (2005). *Delincuencia Organizada, Antecedentes y Regulación Penal en México*, ed. Porrúa, México.
- Gracia Martín, Luis (2009). *Crítica del derecho penal del enemigo*, ed. UBIJUS, México.
- Hübbe Contreras, Tadeo Eduardo (2020). El Leviatán contra sí mismo: El ejercicio de los derechos sociales y las políticas de exclusión, en: VV.AA., *Derechos humanos: Agenda pendiente por la libertad* (Tadeo Eduardo Hübbe Contreras y Salvador Carrillo García –Coord. –), ed. Tirant lo Blanch, México, 39-59.
- Hübbe Contreras, Tadeo Eduardo (2021). sobre la delgada línea entre el derecho al uso y el exceso de la fuerza. Una interpretación en materia de derechos humanos”, en: *Interpretación y Argumentación Jurídica de los Derechos Humanos*, Germán Cardona Müller (Coord.), Colección de Estudios en Derechos Humanos, t. v., Comisión Estatal de los Derechos Humanos, México, 19-30.
- Luna Castro, José N (2011) Introducción y características generales del nuevo sistema de justicia penal, en: VV.AA., *El nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la perspectiva Constitucional*, 1ª edición, Consejo de la Judicatura Federal, México.
- Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (2006). Prólogo, en: AA.VV., *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Dirs.) Gómez Marín, Víctor (Coord.), ed. B de F, Buenos Aires.
- Mir Puig, Santiago (2006). Constitución, Derecho Penal y Globalización, en: AA.VV., *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Mir Puig,

- Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.) Gómez Marín, Víctor (coord.), ed. B de F, Buenos Aires.
- Muñoz Conde, Francisco (2985) *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria Jerez, España.
- Muñoz Conde, Francisco (2010). *Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo*, editorial UBIJUS, México.
- Muñoz Conde, Francisco (2004). El Nuevo Derecho Penal Autoritario” en: VV.AA.: *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Losano, Mario G. y Muñoz Conde, Francisco (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 161-183.
- Plascencia Villanueva, Raúl (2011). La situación de los derechos humanos en México”, en: VV.AA., *La situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas sobre justicia penal*, Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (Coords.), UNAM, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 3-32.
- Roxín, Claus, Derecho penal (1997). Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (traducción Diego-Manuel Luzón Peña), t. I, 1ª edición, ed. Thomson Civitas, Madrid.
- Sen, Amartya (2009). *La idea de la justicia* (trad. Hernando Valencia Villa), ed. Taurus, Madrid.
- Serrano, Mónica (2005). Crimen trasnacional organizado y seguridad internacional: cambio y continuidad, en: VV.AA.: *Crimen Trasnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad* (traducción de Isabel Vericat Núñez), Bernal, Mats y Serrano, Mónica (comps.), 1ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 27-61.
- Vigo, Rodolfo Luis (2014). Aproximaciones a la seguridad jurídica”, en: VV.AA., *Seguridad Jurídica en el Sistema Democrático* (Pedro Esteban Penagos López –Coord. –), ed. Tirant lo Blanch, México, pp. 81-106.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2010). *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, ed. Ediar, Buenos Aires.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2009). *Moderna Dogmática del Tipo Penal*, 1ª edición, ed. Ara, Perú.
- Zuñiga Rodríguez, Laura (2006). Criminalidad Organizada, Derecho Penal y Sociedad. Apuntes para el Análisis”, en: VV.AA.: *El desafío de la Criminalidad Organizada*, Sanz Mulas Nieves (Coord.), editorial Comares, Granada, 39-68.

Otros documentos

- Informe “Hallazgos 2015, Evaluación de la Implementación y Operación a Ocho años de la Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal”, CIDAC, USAID.

Capítulo XIII

Aspectos jurídicos del nuevo modelo de seguridad

Sumario: *I. Introducción. II. La delincuencia: desafío al Estado de derecho ¿un anti- Estado dentro del Estado? III Estructura constitucional de la seguridad del Estado. IV. La estrategia en las instituciones de seguridad, sus facultades y sus mecanismos. V. Aparato gubernamental y el poder político federal frente al reto de seguridad y justicia ¿Sinergia inasequible o utopía? VI. Conclusión. VII. Referencias bibliográficas.*

José Luis Prado Maillard
María Alejandra Villagómez Sánchez

I. Introducción

No existe Estado que pueda valorar sus opciones respecto a la seguridad sin dejar de lado su desarrollo y lo que implica respecto a la capacidad de producir un esquema efectivo en lo que al tema pertenece.

El Estado tiene una historia y muchos componentes que le otorgan ciertos contornos difusos, sobre estas líneas es que un país puede y debe definir sus objetivos. Los proyectos o estrategias nacionales no deben ser estáticos, sino que deben responder en función de la dinámica de desenvolvimiento de este. Garantizar la consecución de tales objetivos resulta imprescindible respecto a la materia de seguridad.

El vínculo entre el plan nacional y el de seguridad nacional es congénito. Todo diseño de seguridad debe partir de un proyecto con el cual la sociedad se pueda identificar y, en determinado, momento asumir como propio. Si no hay objetivos y una identificación por parte de la sociedad, se puede decir que la noción de seguridad se vuelve volátil.

México ha tenido diversos planes de seguridad a lo largo de su historia, desde el patriota, el que contemplaba su independencia, el proteccionismo económico, el autoritarismo. Actualmente existen dudas de que se esté desarrollando un plan entorno a la seguridad realmente nacional.

El abanico de posibilidades de un país suele ser imitado, por ello la prioridad por parte del gobierno debe ser aprovechar al máximo las condiciones existentes y desplegar una estrategia que salvaguarde sus intereses y cumpla con sus objetivos.

La idea fundamental de este trabajo es estudiar la evolución que México ha experimentado respecto al tema de seguridad y el eje de reconstrucción de esta. Se analizarán los planes de seguridad a partir de la evolución de la agenda, lo que a globalización respecta, así como la diversificación de la delincuencia organizada, específicamente el narcotráfico y las acciones permitentes del gobierno para contrarrestarlas.

II. La delincuencia: desafío al Estado de derecho ¿un anti-Estado dentro del Estado?

La evolución de la delincuencia en México es relevante para los países que se encuentran en un contexto similar. La delincuencia en el Estado se ha transformado, ha pasado de delincuencia común a delincuencia compleja¹³⁴ a causa de la delincuencia organizada; pese a lo anterior, los esfuerzos del gobierno mexicano para sobrellevar este reto no han sido escasos, pero si cuestionables.

¹³⁴ Se trata de delincuencia común cuando se hace referencia al acto de delinquir aquel acto que se encuentra desapegado de la norma de derecho y de desarrolla fuera de los estatutos impuestos por la sociedad; mientras que por delincuencia compleja se entiende un tipo de delincuencia que dentro de ella goza de estructuras, jerarquías, que llega a un extremo de perfeccionamiento y rebasa los límites de control gubernamental.

En los últimos años, México se convirtió en un país donde la ineficacia, la negligencia y complicidad por parte del Estado han dado oportunidad a que la delincuencia se incremente y se vulnere el Estado de derecho, además de mermar la percepción ciudadana respecto a la seguridad que goza.

Sin embargo, no es posible decir que México es un Estado fallido, pues las estructuras de seguridad, inteligencia y justicia, de alguna u otra manera, operan pese a que se encuentran sobre pasadas y corrompidas, por lo cual es necesario que se afrente el problema y mejorar las estrategias actuales.

1) ¿Cuándo podemos hablar de crisis de seguridad en un Estado?

Instituciones corrompidas y mermadas desde su interior, cuando se habla de crisis de seguridad en un Estado se alude a sus instituciones, aquellas encargadas de la seguridad pública y del combate contra la delincuencia organizada.

El último recurso al cual recurre un Estado ante una crisis de esta gravedad es al uso de las fuerzas armadas, en el caso de México, esto lleva ejecutándose algún tiempo por ello es posible afirmar que el Estado mexicano es parcialmente fallido.

La crisis de inseguridad se vive desde distinta perspectiva según el estado y grupo social al que se pertenezca. Factores como el estatus socioeconómico repercuten en gran parte al desenvolvimiento de dicha crisis, ello tiene como consecuencia grandes inconsistencias y contradicciones en temas de seguridad y gobernabilidad.

Así como la delincuencia común es el gran mal social respecto a la seguridad de la población, la delincuencia organizada es la principal amenaza del Estado. Que la delincuencia organizada sea la principal amenaza se traduce en que este último disputa espacios de poder y ejercicio ilegítimo de la fuerza, que busca construir un poder paralelo al del Estado basado en el control territorial y que tiene como consecuencia grandes problemas respecto a la gobernabilidad y justicia.

2) La seguridad: crisis en el Estado mexicano en cuatro sexenios (2000- 2006, 2006- 2012, 2012- 2018, 2018- 2024). ¿La integración de un aparato delincencial con soporte legal para lo ilegal?

La delincuencia organizada es un fenómeno con una larga historia en el Estado mexicano, en sus variables, como la producción y el tráfico de drogas, se hace palpable el gran impacto que han tenido sobre México y su creciente repercusión social, pues condena a la nación a ser un país de paso y destino en lugar de uno de tránsito como lo era en un inicio.¹³⁵

La amplia historia de la delincuencia organizada en México es de gran antigüedad. Sin embargo, es a partir de la década de los noventa, con el desmantelamiento de los cárteles colombianos, que se comienzan a consolidar las distintas agrupaciones de la delincuencia organizada en el país como un factor de poder real.

La delincuencia organizada se empieza a configurar a partir de esta década en grandes empresas transnacionales. Es a finales del gobierno de Vicente Fox Quesada (2000-2006) del Partido Acción Nacional (PAN), que su secretario de seguridad, Eduardo Medina Mora, sostiene en una entrevista que no había zona libre de la delincuencia organizada en el país (Benítez, 2009, 173-189, 2020). Según Medina Mora, el negocio de la delincuencia organizada equivalía a 1 por ciento del PIB mexicano, y era la policía y su corrupción una de las principales causas. Para el funcionario la dimensión de este fenómeno era un grave problema de seguridad nacional que erosiona el Estado.

¹³⁵ Esto se da a causa del “9/11”, suceso de carácter terrorista en Estados Unidos de América, el cual sucede bajo el mandato del presidente George W. Bush. El gobierno de E.U.A toma como medida extraordinaria el “endurecimiento” de las fronteras del vecino país del sur.

Ello se traduce en instituciones y estructuras colapsadas, donde solo queda el gobierno federal. Constitucionalmente, esta labor correspondía a la entonces Procuraduría General de la República (PGR), sin embargo, debido al incremento del delito se hizo partícipe de forma directa a siete dependencias federales: la Secretaría de la Defensa Nacional (Sedena), la Secretaría de Marina (Semar), la Secretaría de Seguridad Pública (SSP), Secretaría de Salud (SS), Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), Servicio de Administración Tributaria (SAT) y Secretaría de Gobernación (Segob).

Para 2005 se registraba, por parte de la PGR, la presencia en el país de siete grandes cárteles: Tijuana, del Golfo, Juárez, Sinaloa, Pacífico, Oaxaca y del Milenio (Aguayo et al., 2007). Con una distribución de poder acorde con sus actividades como: el control de las rutas y de la distribución.

Durante el gobierno de Fox, una de las grandes estrategias fallidas fue el operativo México Seguro, iniciado el 11 de junio de 2005, en Nuevo Laredo, Tamaulipas, para remover a policías corrompidos por la delincuencia organizada. Sin embargo, este operativo fue cuestionado debido a que la reducida capacidad de despliegue del ejército mexicano hizo que el tiempo de implementación fuera muy corto y los cárteles recuperaran el control del territorio, dicho operativo fue el preámbulo para el sexenio siguiente.

En el sexenio 2006-2012, a cargo del presidente Felipe Calderón Hinojosa del PAN, tuvo como agenda principal el combate a la delincuencia organizada y, por lo tanto, la seguridad como función central. Durante esta gestión, los grupos de la delincuencia organizada se transforman en otros siete grandes cárteles: Tijuana, del Golfo, Juárez, Sinaloa, Pacífico, Los Zetas y La Familia Michoacana (Arroyo Macías, 2018).

Este período se caracterizó por diversas acciones, como el destino de recursos a instituciones tales como: la SSP, Semar y la PGR. 2007 inició con presupuesto de 13 682 654 pesos y 2021 terminó con 40 522 049 pesos (Sánchez, 2013). Esto solo en el incremento de la Policía Federal, además de otras destinaciones de recursos para el tema de seguridad como lo fue el Sistema Penitenciario.

Calderón sobresalió por una declaración de guerra del gobierno federal en contra de la delincuencia organizada, específicamente, contra el narcotráfico, donde tomó acciones como la designación de las tareas pertinentes de la Seguridad Pública a las Fuerzas Armadas de México, la depuración de las instituciones de seguridad, la creación de Centros de Evaluación y Control de Confianza en cada uno de los estados, como una estrategia preventiva en contra de la corrupción e infiltración por parte de la delincuencia organizada.

Para que todas estas estrategias fueran posibles, se actualizan instituciones como el Centro de Investigación y Seguridad Nacional (Cisen) y otras más enfocadas a la profesionalización de los cuerpos de seguridad y la actualización en equipos de armamento.

El principal logro de esta guerra en contra de la delincuencia organizada por parte del Estado fue afectar las capacidades de la delincuencia organizada sin que esto signifique haber terminado con los problemas de seguridad.

El Ejecutivo federal impulsó una reforma constitucional en materia de seguridad pública y justicia penal en 2008, tuvo como frutos la implementación del sistema acusatorio basado en juicios orales, buscaba que la impartición de justicia fuera pronta y expedita además de restablecer el Estado de derecho.

En la opinión pública este sexenio fue sumamente impetuoso en dicha guerra, pues dejó de lado elementos importantes como la prevención que, si bien sí fue implementada, no fue consolidada como un componente estratégico que buscara recurrir a la inteligencia antes que a la fuerza.

En los inicios correspondientes al sexenio 2012-2018, en el cual el presidente Enrique Peña Nieto del Partido Revolucionario Institucional (PRI) recupera el poder del gobierno federal para su partido, después de que el partido lo había ostentado con anterioridad desde 1929 a 2000, es decir, durante 71 años, declara una agenda muy distinta donde el eje central sería trabajar para reducir la violencia con base en seis líneas de acción: planeación, prevención, protección y respeto de los derechos humanos, coordinación, transformación institucional y evaluación (Arroyo Macías, 2018).

Con la agenda planteada por Peña, la guerra contra la delincuencia organizada quedaba atrás junto con el saldo de 121 683 (Redacción, 2013) muertes violentas. Dentro de sus primeras acciones estuvo la reorganización del país en cinco regiones geográficas para focalizar los recursos en materia de seguridad:

- Noroeste: Baja California, Baja California Sur, Chihuahua, Sinaloa y Sonora.
- Noreste: Coahuila, Durango, Nuevo León, San Luis Potosí y Tamaulipas.
- Occidente: Aguascalientes, Colima, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Querétaro y Zacatecas.
- Centro: Ciudad de México, Estado de México, Guerrero, Morelos, Puebla y Tlaxcala.
- Sureste: Campeche, Chiapas, Oaxaca, Quintana Roo, Tabasco y Veracruz

De manera análoga, se hicieron ajustes en la estructura orgánica del Estado, ello tuvo como consecuencia la creación del Consejo Nacional de Seguridad Pública (CNSP) anexo a la Segob, que en conjunto formularían y ejecutarían políticas públicas encaminadas a garantizar la seguridad del país.

Un factor crucial para esta administración era recuperar la confianza de los ciudadanos, mermada gracias a los daños colaterales de la guerra situada en el sexenio pasado.

El flujo de recursos marcó una gran tendencia de hacia dónde se iba redirigiendo la agenda en 2013. El presupuesto de egresos contempló que el Programa Nacional de Prevención del Delito debía recibir 2 595 millones de pesos, presupuesto que aumentó en 2015. Un ligero incremento, que ascendió a 2 683 millones de pesos y, en 2017, el destino de recursos para el programa fue nulo; mientras que el gasto destinado a la comunicación social que en total del período superó los 35 mil millones de pesos (Castaño *et al.*, 2017).

Esa gran redirección presupuestal habla de la poca importancia que para la administración tenía la agenda sobre el tema de seguridad, ello tuvo como consecuencia no solo altos índices en la delincuencia común, sino también un incremento significativo en la delincuencia compleja.

En este sexenio, operaron nueve cárteles debido a la escisión del cártel de Michoacán, ello resultó en La Familia Michoacana y Los Caballeros Templarios, sumado a esto, el surgimiento del Cártel Jalisco Nueva Generación, organización que, de forma vertiginosa, se convirtió en el grupo delictivo con más poder en el país.

El hecho más relevante respecto a la seguridad a cargo de esta administración fue la captura de Joaquín el *Chapo* Guzmán Loera, en febrero de 2014. Aunque también constituyó su humillación más grande, ya que, después de 17 meses, se dio a la fuga de un centro penitenciario de alta seguridad conocido como el Altiplano (Centro Federal de Readaptación Número 1). Lo recapturan en 2016 y se promueve su extradición a Estados Unidos de América, donde actualmente cumple su condena.

El cometido de esta administración no fue cumplido, lo cual daba pie a una serie de críticas y promesas por cumplir por parte de la nueva y actual administración a cargo del “siempre candidato” y hoy presidente Andrés Manuel López Obrador del partido Movimiento Regeneración Nacional, con gestión de 2018-2024.

A pesar de que aún no termina el periodo de esta administración, ya hay varios aspectos criticables respecto al tema de la seguridad nacional, como el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2021, que promete implementar una estrategia basada en ocho ejes, como mantener a las Fuerzas Armadas en funciones policiales o establecer una constitución moral con la finalidad de “regenerar la ética de la sociedad”. Se prometieron resultados para finales de 2020, que no se vislumbraron, además de que generaron inconsistencias como el estancamiento de las instituciones, mientras se culpaba a las administraciones anteriores por no tener frutos en sus estrategias.

3) La cohabitación entre el Estado y el crimen organizado: ¿Deformación estructural, institucional o casual por la gobernabilidad del país?

Para hablar de la cohabitación entre el Estado y la delincuencia organizada, es necesario contextualizar, en primer lugar, lo pertinente al Estado, remontándose en su inicio organizacional militar incipiente, es decir, su organización era orientada a la guerra y conquista al exterior de sus fronteras y a su seguridad (Hintze, 1975).

“La guerra crea estados, por lo que existe una interdependencia entre la guerra y la construcción del Estado”, con las palabras del sociólogo Charles Tilly (Tilly, 2007), es posible denotar la importancia que tiene la fuerza y el control en la formación de un Estado, bajo este contexto, lo que potencian su estructura, innovación y competencia.

La violencia, en el caso mexicano, la llamada delincuencia organizada, a pesar de ser costosa y desgastante para cualquier gobierno, es el motor para desarrollar la competencia del Estado desde diversos aspectos, como la capacidad de pacificar el territorio, replantear estrategias de gobernanza y gobernabilidad e incluso un reto en el sector económico.

Al igual que el Estado, la delincuencia organizada ha hecho el uso de la fuerza, su principal herramienta en la consecución de sus fines, entre ellos se encuentran la conquista y la obtención de una falsa seguridad, además de diversificar sus actividades en búsqueda de cumplir con sus fines.

Derivado de esta contextualización, podría formularse la hipótesis, ¿la delincuencia organizada puede igualar o sobrepasar las facultades del Estado? Este supuesto pierde credibilidad, si se analiza la evolución de la delincuencia organizada en aquellos países donde ha tenido una gran presencia, como Colombia, México, El Salvador, Venezuela, etcétera. Donde se ha visto beneficiada de la joven democracia de la que gozan estos países, lo cual lleva como consecuencia a tener instituciones que desde su génesis no cuentan con la fortaleza necesaria para hacer frente a las organizaciones delictivas, pues gozan de una vulnerabilidad por parte de los Estados para que las organizaciones se valgan de sufragar sus necesidades.

En el caso pertinente al Estado mexicano, la tesis de que la delincuencia organizada busca sufragar sus necesidades se da a lo largo de la permanencia del PRI en el poder, durante 71 años, lo que le dio el mote de la “dictadura perfecta”.¹³⁶ En ese periodo, la delincuencia organizada se ve cobijada por las altas esferas del poder político. Es en la transición política donde, gracias a las innovaciones que se dan en las actividades de las esferas delictivas, se privatizan de alguna u otra manera, ello tuvo como subsecuencia la dilatación de sus estructuras y el surgimiento de nuevos cárteles.

Es importante recalcar que el Estado siempre será el actor principal, incluso pese a la “transnacionalización” de la delincuencia y su impacto. En materia internacional, el Estado tendrá siempre la legitimidad que le da el mismo rol de actor principal.

¹³⁶ Vargas Llosa, en un encuentro de intelectuales organizado por Octavio Paz dijo; “México es la dictadura perfecta”, una frase pronunciada en el Encuentro *La Experiencia de la Libertad*, organizado por la revista *Vuelta* en 1990.

4) Delincuencia organizada. Narcotráfico y su expansión a otros campos de la delincuencia: secuestro, extorsión, lavado de dinero, huachicol, etcétera

Es imperante establecer una conceptualización de “narcotráfico” y de “delincuencia organizada” antes de desarrollar el tema en cuestión. La Real Academia Española define “narcotráfico” como “comercio de drogas tóxicas a gran escala” (Real Academia Española, 2001) mientras que “delincuencia” (del lat. *Delinquentia*) es la cualidad del delincuente I ó. Acción de delinquir I 3. Conjunto de delitos, ya en general o ya referidos a un país, época o especialidad en ellos. II 4. Colectividad de delincuentes (Real Academia Española, 2001) y “organización”. Asociación de personas regulados por un conjunto de normas en función de determinados fines. (Real Academia Española, 2001)

En atención a las acepciones anteriores por la Real Academia Española, el término de “delincuencia organizada” es la manera ilícita y organizada con la que actúan dos o más personas bajo una jerarquía y normas con un fin en específico.

El narcotráfico es entonces una de las actividades más notorias de esta denominada delincuencia organizada, la cual, en la actualidad, reta a los Estados de forma vehemente al traspasar fronteras y diversificar sus actividades a otras esferas delictivas, como el secuestro, extorsión, lavado de dinero, huachicol, entre otras.

La gran complejidad de los factores que determinan su fortalecimiento hace que el narcotráfico y su ya consolidada expansión sean un tema de interés no solo para los países mayormente afectados, sino también para la agenda internacional.

En el caso del Estado mexicano, un mercado redituable, el contrabando de armas, los grandes recursos económicos con los que cuentan y la falta de capacidad por parte de las instituciones como el SAT, la SHCP y su reciente Unidad de Inteligencia Financiera, creada en 2004, así como una debilidad institucional en materia de seguridad e impartición de justicia, son elementos que sobrepasan la capacidad de cualquier Estado para abatir al narcotráfico.

Respecto a México y los factores descritos con anterioridad es posible decir que, aunado a una economía inestable por parte del Estado y un gobierno inconstante o que goza de cierta juventud desde hace varios sexenios, ha permitido que el narcotráfico penetre en la esfera política y económica del país (Astorga, 2012).

La capacidad de los cárteles, respecto a lo operativo y financiero, es lo que les ha permitido la diversificación de actividades. Por ejemplo, México es productor de marihuana y amapola, ello implica actividades como la transformación de la materia prima, el traslado y su comercialización. No siempre fue así; sin embargo, la internacionalización del negocio hizo que los cárteles mexicanos dejaran de ser intermediarios o transportadores, para convertirse en “jefes”.

Esta diversificación, que comenzó por dejar de ser solo un país de tránsito y convertirse en destino, permitió que los cárteles mexicanos se adentraran a actividades como el tráfico de personas en diversas variantes. Lo anterior ha tenido como consecuencia la necesidad de “lavar el dinero”, extender su red de corrupción y aprovecharse de la falta de fortaleza en las instituciones para tratar de sacar ventaja de cualquier grieta en el aparato gubernamental y sus dependencias descentralizadas.

Las organizaciones de narcotraficantes cuentan con estructuras jerárquicas bien definidas, operan por medio de células mediante las cuales establecen controles territoriales y, según territorio que tienen en su poder, establecen la actividad a realizar. Estas organizaciones no buscan socavar la economía, por el contrario, de alguna manera, se aprovechan de ella para potenciar su poder económico y adquieren poder político.

Cualquier estrategia que se implemente por parte del Estado para combatir al narcotráfico estará destinada al fracaso, si solo se limita a incrementar los recursos económicos y horas hombre, orientándolos a capturar a los “líderes”, pero donde se deja de lado lo importante: el sustento de su red financiera, como el narcomenudeo, el traslado, la extracción

ilegal de hidrocarburos, el secuestro, entre otras. Aquellas actividades “no propias” del narcotráfico, pero que en volumen se traducen en parte importante de sus ingresos.

Es necesario que en la agenda internacional visualice el problema de la delincuencia organizada desde un enfoque de cooperación multilateral y regional, ello sustentado en principios como la responsabilidad compartida, el precepto de “buena fe”, así como la atribución de soberanía y jurisdicción pertinentes a cada Estado. Lo anterior sin dejar de lado el intercambio de experiencias en materia de prevención y la permuta de información.

La colaboración con los países fronterizos de México: Estados Unidos de América y los países centroamericanos, debe ser prudente, pues el primero constituye el principal consumidor y los últimos son sumamente vulnerables a la delincuencia organizada en todas sus facetas.

III. Estructura constitucional de la seguridad del Estado

La seguridad pública es uno de los desafíos constantes que tiene el Estado mexicano, el cual se encuentra obligado a satisfacer las necesidades de la materia por medio de la implementación de estrategias. Sin embargo, los índices de la delincuencia organizada han ido al alza en el transcurso de los últimos años.

El estudio de su marco jurídico y el cumplimiento de este son imperantes para la creación de nuevas estrategias y la posibilidad de cumplir de forma cabal los objetivos en materia de seguridad.

- **La reforma constitucional de 2008 del sistema de justicia y su relación con la seguridad**
La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos implanta las funciones en materia de seguridad a cargo del Estado, las cuales representan un gran desafío para este. El establecimiento de la norma mediante una “textura abierta”, donde lo ordenado debe solo concernir a los funcionarios encargados de la aplicación de la norma a partir de condiciones que convergen los intereses afectados (Hart, 2012).

En el texto constitucional, estas funciones se encuentran dispersas a todo lo largo, y permite que las diversas competencias destinadas a la autoridad sean tuteladas por un enunciado jurídico, así indica sus capacidades dentro del Estado de derecho.

El artículo 21 constitucional dice:

La seguridad pública es una función del Estado a cargo de la Federación, las entidades federativas y los municipios, cuyos fines son salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social, de conformidad con lo previsto en esta Constitución y las leyes en la materia. La seguridad pública comprende la prevención, investigación y persecución de los delitos, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución” (art. 21). (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,1917)

El artículo constituye la implementación de las bases de operatividad de la seguridad pública y destina a los tres niveles de gobierno la realización de dicha operatividad mediante la prevención, investigación y persecución de delitos, así su sanción.

Para una mejor implementación de este mandato constitucional, el Congreso de la Unión expide la Ley general del Sistema Nacional de Seguridad Pública en 2017.

Por su parte, los artículos 16 y 17 (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917) de la constitución también otorgan ciertas facultades tanto para autoridades como ciudadanos, con la finalidad de combatir el delito antes de su comisión. Entre dichas potestades para la prevención del delito, destacan aquellas concernientes a la legalidad como los actos de molestia, las formas de dar a conocer a la autoridad un hecho delictivo y la forma en la que la ciudadanía puede coadyuvar en la investigación, además del ejercicio de la acción penal.

Las actuaciones por parte de la autoridad se deben realizar en el cumplimiento de los derechos humanos previstos en el texto constitucional y tratados internacionales. En el artículo 1º y 133 (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917) es donde se encuentran reconocidas dichas disposiciones. La forma de aplicación del contenido constitucional se rige bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos; al dejar de lado los derechos humanos en las funciones pertinentes a la seguridad pública, se convierte en un ejercicio ilegítimo del poder punitivo al superar los límites sustantivos que la constitución dicta a la autoridad.

La función de la seguridad pública, a partir de la reforma constitucional de 2011, que da el reconocimiento a los derechos humanos, transformó el sistema jurídico por completo, y con ello la actividad del país que debe concentrarse en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos.

Respecto al contenido formal de esta función, tiene una participación la reforma del sistema penal en 2008. El Estado deja de ser un gran inquisidor y pasa a investigar los hechos y presentar datos certeros sobre métodos de investigación, de esta manera tiene como resultado la reducción de la impunidad y el fortalecimiento de la capacidad del sistema en el control y sanción del delito; como consecuencia, se da una mayor seguridad sobre la institución vigente por parte de la ciudadanía.

Se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 15 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123 del texto constitucional.

La mencionada reforma respecto al tema de seguridad vincula al Sistema Nacional de Seguridad Pública con la protección de los derechos humanos y, en el tema de justicia, se eleva a rango constitucional de manera explícita la presunción de inocencia, así como la oralidad en los juicios.

Otro aspecto importante de la reforma es el fortalecimiento en la constitución del régimen especial para la delincuencia organizada, establece medidas, como el arraigo previo a la sujeción de proceso, la confidencialidad de víctimas y testigos, la intervención de comunicaciones privadas, el acceso a información reservada y la extinción de dominio todo esto en favor del Estado.

En conclusión, se prevé un régimen de transición y coexistencia entre el viejo sistema y el nuevo, esto de acuerdo con las capacidades de cada orden de gobierno.

IV. La estrategia en las instituciones de seguridad, sus facultades y sus mecanismos

Las instituciones de seguridad en el Estado mexicano enfrentan grandes retos en el desarrollo de sus capacidades para prevenir y atender los problemas, consecuencia de las actividades de la delincuencia organizada.

Su profesionalización, principalmente en su infraestructura, capacitación de elementos y conocimientos en general, buscan una mejora en los resultados de estrategias implementadas ante la denominada “crisis” en la que se ha encontrado envuelto el Estado.

Es necesaria una estrategia integral que recupere la confianza por parte de la ciudadanía. Muestra de lo anterior se aprecia en la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública, 61.9 por ciento de la sociedad tiene poca o nula confianza en los cuerpos de seguridad (Plan Nacional de Desarrollo 2012- 2018).

1) La inteligencia como actividad del Estado; estructura y normatividad

El proceso de inteligencia para la seguridad nacional ha cobrado relevancia en los últimos dos sexenios, gracias a la elaboración de una agenda basada en riesgos y amenazas. El proceso *Sherman Kent*,¹³⁷ en el Cisen, sostiene que el conocimiento obtenido por las labores e inteligencia no tendría objetividad, si este no fuera completo, seguro y oportuno respecto al problema actual.

En México, el artículo 29° de la Ley de Seguridad Nacional define a la inteligencia como “el conocimiento obtenido a partir de la recolección, procesamiento, diseminación y explotación de información para tomar decisiones en materia de Seguridad Nacional” (Ley de Seguridad Nacional, 2021, p. 9). El artículo 31° por su parte sostiene el fundamento para el ejercicio de sus atribuciones “al ejercer atribuciones propias de la producción de inteligencia, las instancias gozarán de autonomía técnica y podrán hacer uso de cualquier método de recolección de información, sin afectar en ningún caso las garantías individuales ni los Derechos Humanos” (Ley de Seguridad Nacional, 2021, p. 9).

El CISEN sostiene que hay diferentes enfoques de inteligencia “el ámbito del Sistema de Seguridad Nacional, la información de inteligencia se puede clasificar en inteligencia militar, inteligencia criminal y para la prevención del delito, inteligencia para la seguridad interior e inteligencia estratégica” (CISEN, 2021). En este concepto, se sostiene que la inteligencia militar tiene como propósito aportar información especializada para la defensa de la nación.

Por su parte, el Programa Nacional para la Seguridad Nacional establece como una línea de acción el fortalecer el marco institucional, financiero y jurídico de las instancias de inteligencia militar. Sin embargo, esta es la única ocasión en la que hace alusión al concepto.

Asimismo, no da mayor referencia respecto a los mecanismos para fortalecer a las instancias de inteligencia militar. Tanto en el Programa Nacional para la Seguridad Nacional como en el Programa Sectorial de Defensa Nacional contemplan objetivos, estrategias y líneas de acción orientados a la inteligencia militar, e incluso para fortalecer el Sistema de Inteligencia Militar. No obstante, no existe una estructura orgánica que se oriente de manera exclusiva a estos fines (Jasso López, 2017).

Las labores de inteligencia en el Estado mexicano fueron referenciadas a nivel gubernamental por primera vez en el sexenio del presidente Miguel de la Madrid Hurtado del PRI (1982-1988), en su Plan de Desarrollo Nacional.

En México, todas las instituciones gubernamentales, incluidas las de seguridad, se encuentran sujetas al marco legal de la rendición de cuentas, la transparencia y el acceso a la información, excepto algunos casos de temas de interés público y seguridad nacional. El fundamento de esto es la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

La Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana es una de las secretarías de Estado que integran el denominado gabinete del gobierno actual, es la encargada de diseñar, planear, ejecutar y coordinar las políticas gubernamentales en materia de seguridad, incluida la Guardia Nacional y el Cisen, así como la Fiscalía General de la República y el poder Judicial en los procesos de Investigación y persecución de delitos.

El CNSP, crea por su parte la estrategia gubernamental para la prevención del delito y auxilia cualquier orden de gobierno o instancia, así como colaborar con la Segob en lo pertinente a la materia.

⁴ proceso creado en 1950 por Sherman Kent con base en su obra “*Strategic Intelligence for American World Policy*”. Su modelo de evaluación de fuentes en términos de fiabilidad de la fuente y credibilidad de la información aún tiene plena vigencia en los servicios de inteligencia de todo el mundo (Kent, 1949).

2) El Consejo Nacional de Seguridad y la tipificación de nuevos delitos para el combate a la delincuencia ¿Son cambios suficientes y pertinentes?

La Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (LGSNSP), define al CNSP como la instancia superior de coordinación y definición de políticas públicas.

De lo anterior se interpreta que el CNSP será el órgano encargado de tomar decisiones en materia de seguridad pública y de la procuración de justicia del Estado, donde precisará políticas de seguridad y la coordinación de estas en los órdenes de gobierno.

El CNSP se integra por el presidente, el secretario de Gobernación, el de Defensa Nacional, el de la Secretaría de Marina, el de Seguridad Pública, el fiscal general de la república, los gobernadores de los estados, el jefe de gobierno de la CDMX y la Secretaría Ejecutiva del sistema.

Dentro de las principales atribuciones del CNSP, y de acuerdo con la LGSNSP, se encuentran el establecer los instrumentos y políticas públicas, acuerdos y resoluciones para el funcionamiento del sistema, las políticas públicas para la atención a víctimas del delito, la homologación de modelos de seguridad, la distribución de recursos, los programas nacionales, la remoción de titulares y la coordinación con el poder Judicial. Los acuerdos del CNSP son de carácter público.

El CNSP se mantuvo al margen de la implementación del Sistema de Justicia Penal entre 2008 y 2012 y la entrada en vigor del Sistema de Justicia Penal Acusatorio en 2016, donde adopta una postura tardía, ello lleva a determinar que, si bien el CNSP ha promovido diversos cambios en la estructura de la seguridad pública nacional, sus resultados son exiguos hasta la fecha, no ha concretado la consolidación en diversos planos, como la prevención del delito o diversas medidas como el control y mejora por medio de las políticas públicas.

Es evidente que se requiere continuar en el proceso de mejora y operación por parte del CNSP donde prevalezca la legalidad y el respeto, así como el compromiso con el Estado mexicano.

3) Sistema de prevención, seguridad, procuración de justicia y sistema penitenciario ¿Reto de reingeniería de los órganos de seguridad del Estado mexicano?

Las exigencias de la sociedad civil para mejorar la gestión de organización respecto a las instituciones de seguridad pública y de impartición de justicia, promueven la constante contradicción por parte del Estado en la realización y mejoras de políticas públicas en torno a la seguridad, la procuración de justicia y el sistema penitenciario.

Ello tiene como consecuencia la no continuidad de las estrategias de las administraciones a lo largo de los últimos sexenios y provoca la desestabilización de los organismos en la materia, ello resulta en grandes fallos. Es menester del gobierno en turno prever que las estrategias actuales, si bien sufrirán modificaciones, buscar que estas sean duraderas para lograr un éxito o una estabilidad tan anhelada en la materia.

a) La fiscalía general de Justicia Autónoma y la Guardia Nacional; cambios constitucionales e institucionales

El decreto constitucional firmado por el presidente Andrés Manuel López Obrador en 2018, donde se expide la Ley de la fiscalía general de la República, contiene una nueva concepción en el modelo de procuración de justicia.

El nuevo decreto prevé la integración, funcionamiento y atribuciones de la fiscalía, así como la organización del Ministerio Público y la colaboración de la policía con la Guardia Nacional (GN), a pesar de que la colaboración entre los organismos no se ha establecido debido a que en las leyes orgánicas no se han plasmado los mecanismos de colaboración, ello tiene como consecuencia esa falta de una coordinación palpable.

De acuerdo con la propuesta del Plan de Seguridad Nacional por parte del gobierno actual, tiene a bien la creación de un nuevo organismo encargado de preservar la seguridad pública, poniéndole el nombre de Guardia Nacional (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917), la cual tiene como fundamento constitucional el artículo 21, párrafo noveno, décimo y su inciso b). La GN tiene en sus atribuciones la persecución de delitos del fuero federal y del fuero común, en colaboración con los órdenes de gobierno.

En su génesis, la GN fue desplegada por las zonas más inseguras del país sin tener claros los límites, los cuales no se establecieron por parte del Congreso de la Unión.

Por su parte, la Fiscalía General de la República (FGR), tiene su fundamento constitucional en el artículo 21 y el 102, en su apartado A, a través de la Reforma de 2014, materializándose hasta 2018, con el objetivo de transitar de un modelo mixto- inquisitivo, hacia un modelo acusatorio, el cual se origina en la reforma constitucional de 2008, y queda consolidado hasta 2016¹³⁸.

La FGR goza del otorgamiento de su autonomía en 2014, la cual es imperante para el buen funcionamiento del Sistema de Justicia Penal Acusatorio, y es el blindaje de dicha autonomía que permite que sus funciones, como ejecutar las investigaciones en materia criminal, así como asumir la titularidad de la acción penal pública en representación del Estado y la sociedad general frente al poder Judicial, ello permite que su implementación goce de éxito.

Para el cumplimiento de sus funciones, la Fiscalía tiene una estructura orgánica dividida, principalmente en fiscalías y coordinaciones especializadas, que responden de manera particular a las obligaciones del organismo. (Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, 2018).

Por su parte, el Ministerio Público es el instrumento para la persecución del delito como agente investigador ante los tribunales de justicia, en calidad de agente de interés social. De ahí su denominación de la representación social. Sus facultades se encuentran en el artículo 102, apartado A, de la constitución, así como en la Ley Orgánica de la fiscalía de la república.

La coordinación entre estos organismos busca disminuir la carga excesiva de cada uno de ellos, pero el hecho de que las atribuciones, en cierta parte, no se vean limitadas o puntualizadas por parte del poder Legislativo denotan una gran deficiencia en la investigación, prevención, entre otras cosas, en el nuevo modelo de procuración de justicia.

b) Fuerzas Armadas, una lucha, la institución y su facultad metaconstitucional

Las Fuerzas Armadas de México son el conjunto de instituciones militares constituidas legalmente para garantizar la soberanía, integridad territorial, independencia y seguridad interior del Estado. El presidente es el comandante supremo de las Fuerzas Armadas; sin embargo, sus acciones están supeditadas al Senado de la República (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917).

Las Fuerzas Armadas se encuentran integradas por tres instituciones, agrupadas en dos secretarías de Estado; la Sedena, integrada por el Ejército y Fuerza Aérea Mexicana y la Secretaría de Marina, integrada por la Armada de México. Su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 89, fracción VII, que faculta al Ejecutivo, las fracciones I y III del artículo 118 y el artículo 76, fracción III, que hace alusión al Senado de la República, el artículo 123, 129, así como el artículo 132 (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917).

¹³⁸ Se aprecia en la reforma por parte del Gobierno Federal, Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, 2008.

Respecto a su organización, existe un mando supremo que recae sobre el poder Ejecutivo, hay un alto mando, que es el secretario de la Sedena, un alto mando del ejército y fuerza aérea, mandos superiores, territoriales, de unidades, superiores en jefe, superiores y subordinados y un secretario de la Semar.

Sus facultades metaconstitucionales son gracias al Ejecutivo, si bien algunos no aparecen en la constitución, son resultado de la “otra realidad política”. En los hechos, se pueden ver en todo su esplendor en la denominada “guerra contra la delincuencia organizada” en el sexenio de Calderón, donde ejercían funciones de civiles.

c) Guardias ciudadanas y su eficacia ante la inoperancia institucional; ¿Mecanismos convenientes, transitorios o deseables?

Las guardias ciudadanas se crean en 2018 debido a que un grupo de elementos de la Secretaría de Seguridad Pública y Tránsito Municipal de Puebla reprobara sus exámenes de control de confianza, por ello fue imposible sostenerlos en la corporación.

Sin mayor fundamento legal, y con la única intención de no ver mermado el estado de la fuerza, se dotan a cien efectivos para resguardar instalaciones y estar en atención al ciudadano. Con un presupuesto de 10 millones, es que nace esta denominada “guardia ciudadana”.

La realidad es que nacen con los grupos de autodefensa en Michoacán, de una manera informal, donde ciudadanos organizados inspiran a otros estados del país a replicar su “trabajo”. Es necesario recalcar las diferencias entre “guardias ciudadanas”, “guardias comunitarias” y “grupos de autodefensa”.

La lógica de estas agrupaciones es sencilla, tienen como premisa la tesis de que, si el Estado no ocupa los espacios del poder público en la seguridad, son los ciudadanos los que lo harán. No hay que olvidar que algunos grupos de la delincuencia organizada empezaron como “autodefensas” para pasar a “generadores de violencia”.

Las guardias ciudadanas carecen de un entrenamiento, equipo y, mucho menos, armamento, y quedan expuestas a sufrir a causa de un rival de alto impacto. En líneas generales esta “seguridad” brindada por la ciudadanía debería entenderse como “el conjunto de acciones democráticas en pro de la seguridad de los habitantes y sus bienes ajustadas a derecho” (Freixes et al, 1995).

4) Estrategia de seguridad, 2019-2024: ifuchi, guácala!, Abrazos, no balazos

Las frases causaron polémica. Desde que asumió la presidencia el 1 de diciembre de 2018, el presidente Andrés Manuel López Obrador anunció una estrategia de seguridad diferente a las administraciones anteriores. Hasta ese momento, el mayor peso de la lucha contra la delincuencia organizada recaía en las Fuerzas Armadas.

En febrero de 2019, 16 meses después, su estrategia de promover empleos y programas sociales para combatir la delincuencia no rindió frutos, agravó la inseguridad en el país y se vio obligado a tomar otras medidas. Una de las disposiciones adoptadas fue el despliegue de la Sedena y la Semar en varias ciudades para ayudar en tareas de seguridad pública.

La estrategia mencionada es similar a la de las administraciones anteriores, las cuales él tanto criticó. Además de la reciente inseguridad, tras el decreto presidencial se puede mencionar como agenda oculta el hecho de que la GN todavía no complete su integración.

Los militares en funciones de policía existen desde el gobierno del expresidente Carlos Salinas de Gortari del PRI (1988-1994), como hace mención Javier Oliva Posada. (Oliva Posada, 2020) La diferencia en este sexenio (2018-2024) es que existe una regulación sobre las funciones de las Fuerzas Armadas en las tareas policiales.

En su Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, estructurado en tres ejes generales que permiten agrupar los problemas públicos identificándolos a través del Sistema Nacional de

Planeación Democrática en tres temas: Justicia y Estado de derecho, Bienestar, Desarrollo económico. En lo que respecta a materia de seguridad, se propone operar desde ocho puntos estratégicos: (Estrategia Nacional de Seguridad Pública, 2021)

- Erradicar la corrupción y reactivar la procuración de la justicia.
- Garantizar empleo, educación, salud y bienestar.
- Pleno respeto y promoción de los derechos humanos.
- Regeneración ética de la sociedad.
- Reformular el combate a las drogas.
- Empezar la construcción de la paz.
- Recuperación y dignificación de los centros penitenciarios.
- Seguridad pública, seguridad nacional y paz.

Al no haber concluido el período de gobierno de López Obrador no es posible asegurar un rotundo fracaso. Sin embargo, el uso de polémicas frases como “abrazos no balazos”, “¡Fuchi, guácala!”, “Acúsenlos con sus mamacitas”, “mamacitas, ayúdenos con sus hijos”, expresadas en distintas ocasiones ante medios de comunicación, dejan mucho que desear sobre su política en materia de seguridad y, a su vez, resultan preocupantes aunado a la contradicción de que su proyecto empezó como una estrategia pacifista y hoy en día ya se incluyó a las Fuerzas Armadas en las calles.

V. Aparato gubernamental y el poder político federal frente al reto de seguridad y justicia ¿Sinergia inasequible o utopía?

México vive graves problemas de inseguridad, violencia y criminalidad, que impactan en diversos aspectos de la vida nacional. Los tres órdenes de gobierno y el poder político se encuentran sobrepasados en la búsqueda tan anhelada por alcanzar la seguridad y la justicia en democracia.

Para muchos, la seguridad y justicia se encuentran cercadas por fronteras quebrantables, principalmente, en el ámbito municipal. El impacto de la corrupción en las instituciones y la participación de la sociedad en ella obliga a reconocer que toda acción por parte del Estado será estéril, si no se toman decisiones y acciones contundentes en la materia.

El problema relativo al plan actual es evidente, y es desde una perspectiva nacional que comienza con una creciente disponibilidad para las fuerzas de seguridad y el aparato de justicia, así como propuestas de políticas públicas y adecuaciones a la estructura gubernamental que la idea de una estrategia efectiva de una seguridad y justicia siempre será inasequible.

VI. Conclusión

Es posible decir que los terribles sucesos que han transformado tanto la agenda interna como externa del Estado mexicano son los que han marcado la pauta para modificar o replantear los esquemas de seguridad, el primer plano es la seguridad nacional y después la cooperación internacional.

Salvaguardar la seguridad pública es responsabilidad del Estado, protegerla y garantizarla a favor de la ciudadanía tendrá como consecuencia un efecto exitoso en pro del progreso del plan nacional de desarrollo, aunque este no sea definitivo o incluyente.

Es fundamental promover la cultura sobre los temas de seguridad, así como reformar el esquema de seguridad pública, los cambios estructurales concernientes, una adecuación del marco jurídico, la capacitación y profesionalización de los cuerpos de seguridad y la mejora del equipo y armamento, como la creación de infraestructura adecuada, incrementar el desarrollo de sistemas de información, establecer mecanismos de control y renovar sistemas operativos, además de lo concerniente a lo que de políticas públicas se refiere.

El Estado mexicano ha dado pasos para fortalecer sus políticas y estrategias respecto a la seguridad y se han visto expresadas. Sin embargo, uno de los retos más importantes es garantizar la continuidad de los programas de seguridad nacional, así como el perfeccionamiento de las acciones y políticas públicas para consolidar dicha seguridad.

Además, el perfeccionamiento del marco jurídico y los reforzamientos institucionales son indispensables para garantizar la coordinación entre los diversos cuerpos de seguridad del Estado y los órdenes de gobierno. El estado requiere reformarse y dirigir su estrategia en un correcto y eficiente funcionamiento adaptándose al contexto actual sin dejar de lado la importancia de continuidad de los programas en la materia.

VII. Referencias bibliográficas

- Aguayo, S., Argüello, M. Y., & Cabello, A. (2007). *Almanaque mexicano*. Aguilar.
- Arroyo Macías, E. M. (2018, 10 octubre). Enrique Peña Nieto y la crisis de seguridad que hereda – Análisis Plural. Análisis Plural. <https:// analisisplural.iteso.mx/2018/10/10/enrique-pena-nieto-y-la-crisis-de-seguridad-que-hereda/>
- Astorga, L. (2012). *El siglo de las drogas. El narcotráfico, del porfiriato al nuevo milenio*. Grijalbo/Proceso.
- Benítez Manaut, Raúl (marzo-abril 2009). *La crisis de seguridad en México*. ED. Nueva Sociedad, 220, 173- 189.
- Cámara de Diputados (14 de diciembre de 2018). “*Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República*”. Marzo 3 2021. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lofgr.htm>
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2021, 20 de mayo). *Ley de Seguridad Nacional*. Diario Oficial de la Federación. Obtenido de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LSegNac_200521.pdf
- Castaño, P., Dupuy, J., & Garduño, J. (2017, septiembre). Contar lo bueno cuesta mucho. El gasto en publicidad oficial del gobierno federal de 2013 a 2016. *FUNDAR CENTRO DE ANALISIS E INVESTIGACIÓN*. <https://fundar.org.mx/mexico/pdf/P.O.2013-2016oK2.pdf>
- Centro de Investigación y Seguridad Nacional (7 de marzo de 2021). <https://www.gob.mx/cni>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (05-02-1917). México: Diario Oficial de la Federación. Marzo 07 2021. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_260319.pdf
- Estrategia Nacional de Seguridad Pública (8 de marzo de 2021). http://comisiones.senado.gob.mx/seguridad_publica/docs/SP/ESPR.pdf
- Freixes Sanjuán, Teresa y Remotti Carbonell, José Carlos (enero-marzo 1995). “La configuración constitucional de la seguridad ciudadana”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Era)* 87: 141-162
- Galarza Loya, Erick Eduardo y Canales Murillo, Ana Edith. “El Covid-19 y sus consecuencias en la administración de justicia”. *Ius Comitialis*, [S.l.], v. 3, n. 6, p. 86-104, oct. 2020. ISSN 2594-1356. marzo 8 2021. <https://iuscomitialis.uaemex.mx/article/view/14858>
- Gobierno Federal, Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, Guía de consulta. ¿En qué consiste la reforma? Texto Constitucional comparado: antes y después de la reforma, 2008, Cámara de Diputados y Senado de la República LX Legislatura, México, 2008. Marzo 8 2021. http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/hcd/lx/refcons_segjus_gc.pdf
- Hart, H. L. (2012): *El concepto del derecho* (3 ed.). (G. R. Carrió, Trad.) Buenos Aires: Abeledo Perrot. 168
- Hintze, O. (1975). *Military Organization and the Organization of the State*”. En F. Gilbert (Ed.), *The Historical Essays of Otto Hintze* (pp. 180–215). Oxford University Press.

- Jasso López, Lucía Carmina (2017): Seguridad nacional, inteligencia militar y acceso a la información en México. URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad, 21.
- Kent, Sherman. "Strategic Intelligence for American World Policy". Princeton: Princeton University Press, 1949.
- Oliva Posada, Javier (mayo 2020). *BBC Mundo*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52657194>
- Plan Nacional de Desarrollo 2012-2018 (3 de marzo de 2021). <http://pnd.gob.mx/>
- Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., 7 de marzo de 2021. <https://dle.rae.es>
- Redacción, L. (2013, 30 julio). Más de 121 mil muertos, el saldo de la narcoguerra de Calderón: Inegi. *Proceso*. <https://www.proceso.com.mx/nacional/2013/7/30/mas-de-121-mil-muertos-el-saldo-de-la-narcoguerra-de-calderon-inegi-121510.html>
- Tilly, C. (2006). "War Making and State Making as Organized Crime" en *Revista académica de Relaciones Internacionales*, Núm. 5, noviembre, Madrid.
- Sánchez, T. M. (2013, 4 diciembre). *La agenda de seguridad del gobierno de Felipe Calderón: Logros y tareas pendientes* | CIS PENSAMIENTO ESTRATEGICO. CIS Pensamiento Estratégico. <https://cisestrategico.com/la-agenda-de-seguridad-del-gobierno-de-felipe-calderon-logros-y-tareas-pendientes/>

Capítulo XIV

La deuda democrática del constitucionalismo mexicano

Sumario: *I. Notas introductorias. II. El constitucionalismo mexicano durante el régimen autoritario. III. Proceso de democratización en el constitucionalismo mexicano. IV. El constitucionalismo mexicano en la limitación del poder. V. El constitucionalismo mexicano en la distribución del poder. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.*

Rafael Amézquita Castellanos¹³⁹

I. Notas introductorias

Un sistema democrático, en mayor o menor medida, ha sido una de las aspiraciones más relevantes en los de 104 años de vida de la constitución. Sin embargo, el reconocimiento formal de reglas democráticas no ha sido suficiente para consolidar un sistema de dicha cualidad. El autoritarismo y la dirección unilateral de la construcción del Estado no han sido vencidos completamente por el constituyente de Querétaro ni por los centenares de reformas constitucionales que se han dado. En ese sentido, será necesario dilucidar, a diez años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos más importante, el estado del sistema democrático mexicano, del que se propone que históricamente ha preservado, en diferentes dimensiones temporales, una deuda democrática de empoderamiento y participación de la ciudadanía.

Es necesario precisar que el paradigma jurídico y político brinda, al menos en abstracción, un papel protagónico a la constitución vista como una quimera de tradiciones filosóficas de origen moderno que tiene dos objetivos principales “limitar el poder político y distribuirlo entre los ciudadanos” (Salazar, 2013, p. 45). Ello implica que la constitución coaccione la forma de ejercer el poder para proteger y garantizar los derechos humanos no solo ante el Estado, sino ante el poder de las mayorías (Ferrajoli, 2018, pp. 15 – 16). Y en un segundo lugar, que los miembros de las comunidades políticas, como sujetos de derechos, tengan condiciones de autonomía que les permita dotarse de normas a sí mismos y elegir, en libertad, las formas de organización que mejor les convengan.

Aunque la interacción de ambos objetivos constituye la discusión clásica y conocida entre gobierno de los hombres y gobierno de las leyes y da origen a la “tensión democrática”, profundizar acerca de uno y otro, sería materia imposible de abordar en este capítulo.¹⁴⁰ Sin embargo, para efectos de esta discusión, se reconoce la necesidad de satisfacer cánones democráticos que, de forma efectiva, permitan a las comunidades políticas ejercer su autonomía no solo en espacio –respecto a otras comunidades políticas–, sino también en tiempo –es decir, la misma comunidad en diferentes épocas–, donde se preserve un gobierno de los vivos por sobre la tiranía de los muertos (Chávez, 2019, págs. 88).

Asimismo, se deposita la legitimidad democrática de la constitución en su habilidad para ser reconocida por los ciudadanos como tal (Post y Siegel, 2007), y, finalmente, se desvincula del modelo elitista de democracia que, derivado de la desconfianza al ciudadano común y a sus creencias, actitudes y acciones (Alterio, 2015, pág. 329), opta por dejar la brecha

¹³⁹ Estudiante de Derecho en la Universidad de Guadalajara y colaborador del Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamastli de la CEDHJ.

¹⁴⁰ Al respecto, se recomienda: Chávez Cervantes, J.J. (2021). *La tensión democrática en el constitucionalismo moderno*. [Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid]; Salazar Ugarte, P. (2013), *La Democracia Constitucional*. Fondo de Cultura Económica.

interpretativa de la constitución a los jueces. En síntesis, el contenido de la constitución debe ser dilucidado a través de una cultura democrática de los derechos (Niembro, 2021a), que no se sustenta en la imposición de valores, sino en la socialización de las concepciones de justicia y libertad para determinar el sentido óptimo de la materia constitucional¹⁴¹.

En este capítulo se abordarán las condiciones democráticas del constitucionalismo mexicano en dos sentidos: respecto a su función como límite al poder y sobre la capacidad ciudadana de participar en la determinación de la brecha interpretativa.

II. El constitucionalismo mexicano durante el régimen autoritario

Hacer un juicio adecuado del constitucionalismo mexicano, al menos desde la entrada en vigor de la Constitución de Querétaro, implica el reconocimiento del sistema autoritario que gobernó desde la posrevolución y hasta el inicio del siglo XXI. El sistema de gobierno, que inicialmente pretendía unificar los caudillismos y materializar las luchas perseguidas en la revolución, necesitó solo de unos años para que fuera deformado. En ese sentido, el Estado mexicano del siglo XX se caracterizó por ser un sistema de decisiones unilaterales y altamente jerarquizado. En él, la división de poderes, el federalismo, el sistema de elecciones que establecía la constitución, no se entendieron como normas, sino como meras formalidades a cuidar para simular la legitimidad de los grupos en el poder. Dentro de la teoría constitucional, el caso mexicano representaba perfectamente el “disfraz de payaso” que propone Loewenstein para explicar las constituciones semánticas (1976, págs. 217-127). La constitución fue subordinada a un discurso de continuidad revolucionaria que era interpretado y modificado según las necesidades del presidente en turno y de la cúpula del Partido Revolucionario Institucional. La existencia de un partido único, que dominaba la posición del presidente –en un sistema hiperpresidencialista– y que tenía presencia hegemónica en el Congreso de la Unión, así como en las entidades federativas, no hubiera podido sostenerse por tantas décadas sin un poder Judicial que jugara un papel secundario y una sociedad apartada de la discusión pública.

En el exterior, el Estado Mexicano logró el reconocimiento internacional como una democracia aceptable. Pues según el derecho positivo, el sistema democrático y los frenos y contrapesos existían, aunque su efectividad de facto no se materializaba (Woldenberg, 2012, pág. 13). Así es como México logró, fácilmente, incorporarse a la creación de instrumentos internacionales de paz y derechos humanos en la segunda posguerra. Incluso jugó un papel relevante en la escena geopolítica con la firma del Tratado de Tlatelolco, fue sede de las olimpiadas y con sus posturas promotoras de la no intervención en las Américas y la democracia (El caso de Cuba y Chile son los mejores ejemplos).

Durante el siglo XX, el constitucionalismo mexicano estuvo limitado a las perspectivas del plan de gobierno del presidente, la brecha interpretativa quedó a la deriva de sus deseos. Y aun en los escenarios donde la constitución estableciera una limitación expresa al poder, entonces la supra mayoría legislativa y la hegemonía del partido en los congresos locales hacían posibles las reformas constitucionales necesarias, a pesar de que la Constitución de 1917 tiene un nivel de rigidez considerable. Así es como la SCJN fue limitada a resolver conflictos con nivel de análisis meramente legal sin construir ningún tipo de teoría constitucional ni una congruencia interpretativa definida. El contenido de la constitución era entendido, estudiado y enseñado desde su dimensión descriptiva y orgánica meramente formal, ello llevó a que la sociología jurídica mexicana desarrollara un fetiche normativo o legalista que se mantiene hasta la fecha.

¹⁴¹ Al respecto, resulta clarificador el modelo de democracia deliberativa, que entiende a la materia constitucional como el resultado de las expectativas y perspectivas éticas de la sociedad trasladadas al ámbito jurídico. Se recomienda: Niembro, R. (2019), *La Justicia Constitucional de la Democracia Deliberativa*. Marcial Pons y Nino, C.S. (1997), *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa.

III. Proceso de democratización en el constitucionalismo mexicano

Eventualmente, el régimen se desgastó y, junto al continente, se emprendieron procesos de democratización en los Estados. Las influencias del constitucionalismo europeo, producto de la reconfiguración posterior a la Segunda Guerra Mundial, llegaron a las Américas y el autoritarismo generalizado se fue debilitando, así como, en el Cono Sur, las dictaduras militares fueron desvaneciéndose. En México, el unipartidismo retrocedió poco a poco. Los movimientos sociales, las crisis económicas y la presión internacional llevaron al autoritarismo a dejar pacíficamente las posiciones de poder. Específicamente, en las décadas de los ochenta y noventa, los países empezaron a celebrar elecciones en condiciones más plurales, los medios de comunicación se desarrollaban en menores restricciones y los Estados debieron comprometerse de manera concreta con el respeto de los derechos humanos.

En México, destacan las reformas constitucionales emprendidas en el sexenio del presidente Salinas de Gortari, que, de la mano con las políticas neoliberales, brindaron un reconocimiento expreso y más protector de los pueblos indígenas, se reformó el sistema electoral, se logran alcaldías, diputaciones y senadurías por mayoría relativa de partidos de oposición y se crean instituciones de *accountability* horizontal asignado (O'Donnell, 2001) para vigilar las funciones del Estado –como la CNDH y sus homónimos locales–.

Es con la reforma de 1994 que el constitucionalismo mexicano logra dar un paso significativo en su función de limitar el poder. Primordialmente, el tribunal constitucional deja de ser un tribunal a modo y se otorgan las características que se conocen (Magaloni, 2008, pág. 199). A partir de este momento, la SCJN empieza a jugar su papel de interprete constitucional y, en consecuencia, a desarrollar una teoría constitucional. Se comienza a interpretar la constitución a fondo para determinar los alcances y competencias entre poderes y entre niveles de gobierno.

Al estudiar el comportamiento de la corte, se encuentra que, de 1995 a 2008, es que la corte constituye un árbitro entre la diversidad de grupos en el poder que ahora compiten en elecciones (Niembro, 2021b). Durante poco más de una década desde la reforma judicial de 1994, la corte consolida una teoría relacionada con el contenido orgánico de la constitución y la interacción entre las diferentes instituciones que conforman el Estado mexicano. Sin embargo, la academia y la práctica judicial comienzan a demandar un papel protagónico de la corte respecto al contenido sustantivo de la constitución y a las garantías de los derechos humanos de la ciudadanía (Magaloni y Zaldivar, 2007, págs. 111-115). En consecuencia, es a partir de 2008, con la reforma en materia de seguridad y justicia y ante los primeros años de la guerra contra el narcotráfico, cuando la corte da un giro para comenzar a interpretar los alcances y contenido de los derechos.

El punto cumbre para el constitucionalismo mexicano llega con la reforma constitucional de 2011, que actualiza lo relativo a los derechos fundamentales y sus garantías en la constitución. Se describe como una actualización, pues dicho marco normativo era impostergable para mitigar el aislamiento que caracteriza la cultura jurídica en México y el retraso en materia de derechos humanos respecto a otros Estados de la región (Caballero, 2011, pág. 104).

A diez años de distancia, las promesas de la reforma han sido por demás analizadas. Sin embargo, destaca el papel protagónico que adquiere el poder Judicial, a tenor de la tendencia europea, para garantizar los derechos humanos. El constitucionalismo mexicano emula o aspira a la consolidación de regímenes constitucionales que propone la doctrina y la jurisprudencia de países como España, Portugal o Alemania. Bajo dicha perspectiva, e influenciados directamente por autores como Ferrajoli, Alexy o Dworkin, la SCJN ha procurado ser la institución poseedora de la última palabra y capaz de establecer el contenido de la materia constitucional. Esta posición se ha expresado aun en temas controversiales sobre los que no hay consenso, como el matrimonio igualitario y, recientemente, la interrupción

legal del embarazo. Este tipo de fallos constituyen una imposición de determinados razonamientos (los compartamos o no) y están desprovistos de algún proceso de socialización que permita un consenso. Este modelo de resolución de brecha interpretativa ha sido adoptado sin una resistencia política o social relevante que opte por algún otro modelo.

La aceptación pasiva del modelo es explicada de manera efectiva por Niembro. Propone que la obra de estos autores en México, por ser traducida al español y comercializada en librerías mexicanas, es una de las claves para que sus argumentos sean conocidos y, en consecuencia, respaldados. Por otro lado, expone que muchos de los estudiosos de la ciencia jurídica –operadores jurídicos entre ellos– migraron temporalmente a Europa para estudiar sus posgrados, en países como España, Alemania e Italia (Niembro, 2021b). Si bien, esto permite entender por qué a la comunidad jurídica le es familiar este tipo de constitucionalismo, no resuelve la distancia entre la constitución y sus destinatarios.

Es evidente que el sistema político y jurídico mexicano ha presentado avances valiosos en la consolidación del Estado constitucional de derecho. Difícilmente, hoy podrían encontrarse contextos de arbitrariedad en el ejercicio del poder, como se acostumbraba en décadas anteriores. Aunque es difícil hablar de un sistema democrático consolidado, el sistema reconoce una pluralidad de fuerzas políticas que interactúan y dividen el ejercicio del poder en condiciones más o menos justas (Rocha, 2015, pág. 77), los mecanismos de frenos y contrapesos –tanto en la división clásica del poder como las incorporaciones de otro tipo de instituciones– mantienen un papel moderadamente crítico y se procura su constante fortalecimiento y la participación de las personas han encontrado un desarrollo progresivo. No obstante, las conquistas democráticas obtenidas son perfectibles y aún existen vestigios del régimen autoritario que están presentes en el constitucionalismo mexicano. Valdría la pena cuestionar si las condiciones de participación ciudadana son adecuadas para ejercer una autonomía plena donde las comunidades políticas puedan darse sus propias reglas.

IV. El constitucionalismo mexicano en la limitación del poder

Aunque no existe una sola forma de constitucionalismo, podemos encontrar un margen común entre todas sus variantes: todas aspiran a tener una fuerza normativa que limite el poder. Al respecto, Nino dice “en términos generales, todo el mundo estaría de acuerdo en que constitucionalismo significa algo así como gobierno limitado”. Si bien, existe diversidad de doctrinas respecto a lo que se entiende que es el constitucionalismo, se infiere pues, que es una renuncia a escenarios de ejercicios discrecionales e incluso autoritarios de poder para instaurar un gobierno regido por derecho. Es decir “el constitucionalismo se apoya de mecanismos e instituciones del derecho para atar las manos al poder” (Chávez, 2017, pág. 76).

Sin embargo, la tarea no es sencilla. El derecho y el poder han mantenido una relación históricamente paralela –desde la antigüedad hasta estos días– pero tremendamente incómoda, aunque no por ello, menos necesaria. Es atinado Norberto Bobbio al decir que “poder sin derecho es ciego, pero el derecho sin poder es vacío” (1985, págs. 21-22). De ahí se infiere que las regulaciones al poder necesitan ser positivizadas, no quedar en el aire, motivo por el cual se recurre al constitucionalismo como herramienta. Sin embargo, no basta con tener un cúmulo de prerrogativas escritas en un texto, sino que este debe estar dotado de poder para traspasar el mundo de la abstracción jurídica e influenciar el mundo material. En consecuencia, la eficacia de un modelo constitucional dependerá de su capacidad para circunscribir el ejercicio del poder a sus mandatos. Para lograrlo, es forzoso tener un contenido que sirva como imperativo efectivo en la esfera colectiva, también una ingeniería constitucional que responda a las características del contexto para lograr sus objetivos.

Sobre la relación entre poder y derecho, el madrileño Peces-Barba (1999) propone una clasificación de modelos de relación, de acuerdo con la forma de interactuar entre ambos componentes: 1) Supremacía del poder sobre el derecho; 2) supremacía del derecho sobre el poder; 3) identificación entre poder y derecho con negación; 4) separación entre derecho y poder y 5) relación de coordinación entre poder y derecho.

Sobre el primer modelo, es evidente que se da cuando el ejercicio del poder tiene una libertad plena de actuación independientemente del contenido de la materia jurídica. En este escenario, no existe algún tipo de mediación entre ambos componentes, el poder es quien dicta el contenido del derecho, de acuerdo con las necesidades de quienes están en posiciones de decisión. Así, hay un sistema donde el derecho no se ajusta a parámetros éticos determinados, sino a lo que la cúpula gobernante considera justo.

El segundo modelo funciona de la misma manera en sentido contrario respecto al binomio: poder-derecho. El derecho es concebido con tintes naturalistas, pues su contenido no está dado por la voluntad política de nadie e incluso antecede a la existencia del poder. Es decir, la materia de las leyes no se decide, sino que se reconoce, está dada por la naturaleza de las cosas.

El tercer modelo puede encontrarse en dos sentidos y se relaciona con los modelos anteriores, pero con alcances extremos. En primer lugar, está la identificación del poder en el derecho. Este paradigma podría relacionarse con la concepción de Kelsen respecto a su teoría pura del derecho, donde el estado estricto es sinónimo de derecho positivo y no se identifica con ninguna otra fuerza normativa (1999). El segundo sentido es cuando el derecho se identifica con el ejercicio del poder de manera exacta. En otras palabras, el derecho es meramente un instrumento para detentar el poder. Posiblemente este significado sea identificable con el régimen autoritario descrito, pues el derecho no constituía otra cosa más que una mera simulación para justificar a los grupos de poder y su contenido era completamente maleable a las intenciones y necesidades del presidente y el partido único.

En consecuencia, cuando hablamos del cuarto modelo, la separación del derecho y el poder implica el reconocimiento de ambas esferas. Sin embargo, su desarrollo es siempre paralelo y nunca perpendicular, es decir, el derecho y sus intenciones normativas evolucionan en la dimensión social, pero no intervienen en la promoción y el ejercicio del poder.

Finalmente, el quinto modelo implica una cooperación entre derecho y poder, reconoce cierta autonomía y las diferencias entre ambas esferas, pero sin dejar de lado su estrecha cercanía. Podría ser este modelo el ideal dentro del constitucionalismo derivado de la Segunda Guerra mundial (Peces-Barba, et al, 1999).

El constitucionalismo mexicano no puede hablar de una plena coordinación entre poder y derecho. En su lugar, considerando los avances en la limitación y distribución del poder en las últimas décadas, posiblemente se haya migrado del tercer modelo –inclinado por la supremacía del poder– a su versión moderada, que es el primer modelo. Para que el poder tenga interferencia dentro del derecho no solo se necesita voluntad política del partido único, sino satisfacer ciertas características determinadas por la constitución.

Para entender la relación de poder y derecho que opera a expensas del constitucionalismo mexicano, es necesario destacar un factor relevante que ha caracterizado los sistemas políticos mexicanos desde el siglo XIX: el presidencialismo. No es una característica propiamente endémica, pues es un fenómeno extendido en el constitucionalismo de América Latina, desde Chile hasta México. Gargarella explica que, con la estabilización de los regímenes políticos –producto de los pactos entre liberales y conservadores–, se establecieron fórmulas de ingeniería constitucional que apostaban a la división tripartida del poder –de influencia liberal– pero con una pronunciada ventaja en favor del Ejecutivo –de pretensión conservadora– (s.f., pág. 11), ello resulta en un sistema de “frenos y contrapesos” con un desbalance hacia la figura presidencial.

La presencia de caudillos, que ha sido un fenómeno recurrente desde las revoluciones independentistas,¹⁴² es una constante no erradicada –en contextos como Argentina, Bolivia o Ecuador, incluso ha sido fortalecida–. Esta característica obedece a la lógica de “es necesario fortalecer una voluntad de cambio capaz de superar desigualdades y exclusiones” (Chávez Cervantes, 2021, pág. 348). Por ello es que el sistema electoral comúnmente es protagonizado por personajes que se presentan como una solución única y personalísima para los problemas que aquejan al Estado en cuestión (Arango, 2019, pág. 92).

Por sí solo, el presidencialismo deja un saldo negativo en la deuda democrática. Ello porque este desbalance devalúa el “proceso epistémico de la democracia”, transfiriéndole la capacidad de decisión al presidente y erradica la posibilidad de una dinámica dialógica que apueste por la deliberación (Nino, 1992, pág. 77). La ausencia de mecanismos que socialicen la voluntad política presidencial termina por hacer imposible cualquier forma de objeción respecto a la visión del jefe de Estado. Por ello, Gargarella va más allá y entiende el presidencialismo como un sistema contramayoritario, pues “cuando hablamos de sistema contramayoritario, estaremos haciendo alusión a un ordenamiento institucional, que tenga entre sus principales fines el de obstaculizar la formación, expresión y pueda en práctica la voluntad de las mayorías” (1992, pág. 84).

Carlos Santiago Nino ha sido una de las plumas más difundidas respecto al estudio del presidencialismo invasivo. Él acuña el término “hiperpresidencialismo” para referirse a los sistemas influenciados por la división de poderes norteamericana, pero con una práctica inclinada al Ejecutivo de forma extrema (Nino, 1990, pág. 41). Así, el presidente concentra un gran poder, cuyo origen radica en normas constitucionales, o bien, en normas metaconstitucionales, es decir, el derecho positivo ofrece predilecciones explícitas al Ejecutivo, que son ampliadas por interpretaciones laxas o extensivas del poder Judicial y la sumisión del congreso ante el Ejecutivo.

Es pertinente analizar la manera en que el ejecutivo es invasivo respecto a los otros dos poderes y cómo es que esos otros dos poderes interactúan de forma sumisa. El principal problema, en gran medida, viene con la facilidad de modificar la constitución para armonizarse con las visiones políticas del gobernante en turno.

Ciertamente, la constitución puede considerarse extremadamente rígida desde una perspectiva formal. Posiblemente, sea una de las constituciones que requieren de mayores circunstancias para ser modificada en el subcontinente. Sin embargo, en la práctica, las condiciones que dificultan la aparición del constituyente permanente no son suficientes para que las reformas sean sucesos excepcionales. Y es que una condición definitiva para que la constitución limite el poder y preserve la democracia es que mantenga su rigidez (Chávez, 2017, pág. 87). Ello porque la constitución requiere de estabilidad para cobrar fuerza normativa en dos sentidos: que sus efectos se constituyan dentro de las dinámicas sociales de sus destinatarios y que su contenido no sea modificado de acuerdo con los movimientos electorales, pues su fuerza normativa se diluye

En contraste, y con afán clarificador, no por ello la constitución requiere estar petrificada. Ciertamente, el proceso de reforma constitucional es una condición necesaria para que el ordenamiento siga siendo efectivo. Se precisa, entonces, encontrar un equilibrio adecuado entre la rigidez y la flexibilidad, de modo que debe “adaptarse la norma constitucional a la realidad cuando política, jurídica o socialmente es en verdad necesario” (Carpizo, 2011, pág. 547). En palabras de Fix Zamudio y Valencia Carmona:

¹⁴² Al respecto, véase: Lynch, J. (1986). El Gendarme necesario: los caudillos como agentes del orden social, 1810-1850. *Revista de la Universidad Nacional*, 2(8), 18-29.

los preceptos constitucionales no pueden ser volátiles, ni fugaces, requieren de un mínimo de fijeza e inalterabilidad, de modo que el orden general que la Constitución ha creado se mantenga. Pero las normas primarias, por otra parte, tampoco son entelequias, deben ir al paso de los cambios sociales y políticos (2009, pág. 103).

Sin embargo, el rígido procedimiento de reforma constitucional que establece el artículo 135 “ha servido en México para cuestiones absolutamente distintas a las que sirve comúnmente dicha institución en otros países” (Carbonell, 1998, pág. 267). Las motivaciones de la reforma no van encaminadas a actualizar la constitución a los cambios sociales y políticos, sino a las necesidades de los grupos en el poder y a la negociación de intereses.

El hiper-reformismo del que es víctima la constitución es una de las características más llamativas del régimen priista. Sin embargo, es uno de los más grandes vestigios que se mantienen presentes en la dinámica legislativa de la actualidad. Para ejemplificar, desde la reforma constitucional en materia de amparo de hace diez años –columna vertebral de esta obra–, han sido aprobadas 257 modificaciones a los artículos, en un total de 58 decretos. Es un número tremendamente alarmante, sobre todo al comparar las prácticas de reforma constitucional con otros países. Por ejemplo, con la constitución española –modelo que ha inspirado la dinámica constitucional en los últimos años–, solo se han aprobado dos reformas constitucionales en sus más de cuatro décadas de vigencia. Por otro lado, con la intención de buscar un contexto más parecido, está el caso colombiano, que, en el mismo periodo (2011-2021), ha aprobado 53 modificaciones a los artículos constitucionales en un total de 24 actos legislativos. El caso colombiano pone en perspectiva las dimensiones del hiper-reformismo, pues ante contextos similares, las modificaciones son menores a 20 por ciento, aun cuando Colombia emprendió un proceso transicional y se esperaba una mayor necesidad constituyente.

La soltura con que la constitución es reformada se vincula bastante con el ejercicio de la función judicial. A pesar de que el modelo aspira, particularmente después de la reforma de 2011, a que la judicatura aparezca en la escena protagónica para proteger los derechos fundamentales y la democracia, la realidad material es distinta. El papel de la judicatura, específicamente de la suprema corte de justicia, como defensora de la constitución, ha quedado mermado. El comentado hiper-reformismo hace que los intentos de la corte por preservar la constitución sean estériles. Cualquier interpretación que emita la corte para que la constitución limite el ejercicio del poder queda en el aire (Alterio, 2019, págs. 455-456). Cuando la labor del tribunal constitucional es incómoda para el Legislativo o el Ejecutivo, basta una reforma constitucional como se acostumbra en el congreso para revertir el sentido interpretativo. El caso histórico más evidente probablemente sea el tema del arraigo, fue declarado como inconstitucional en la acción de inconstitucionalidad 20/2003 pero, en 2008, fue modificado el artículo 16 para constitucionalizar esa figura. Un caso más reciente fue cuando el presidente López Obrador anunció que presentaría una iniciativa de reforma en caso de que la corte determine que la Ley de la Industria Eléctrica es inconstitucional. Ambos casos son sintomáticos de una práctica común, no del cesarismo presidencial de los años setenta, sino de México en democracia del siglo XXI.

Un factor necesario para hablar de democracia constitucional es que el ejercicio del poder se desarrolle dentro de los límites que la constitución establece. La predilección que la sala de máquinas otorga al presidencialismo provoca que los otros dos poderes no puedan constituir un contrapeso a la voluntad del Ejecutivo. Peor aún, es que esa libertad plena que tiene el Ejecutivo para interactuar sin ningún límite institucional hace que la constitución pierda toda posibilidad normativa para ser una herramienta a modo que “legaliza” las intenciones políticas presidenciales.

Las últimas décadas se han caracterizado por los avances relevantes en el fortalecimiento institucional y la democratización de las instituciones. La figura presidencial se encuentra bastante lejos del cesarismo presidencial que caracterizó a la Residencia Oficial de los Pinos en los años sesenta y setenta. Sin embargo, hablar de una victoria definitiva de la democracia y los derechos fundamentales en México es un engaño. El funcionamiento del Estado aún mantiene prácticas autoritarias que erosionan la democracia y acumulan el ejercicio del poder. Por lo tanto, es necesario que dichos avances –como el décimo aniversario de la reforma constitucional en derechos humanos– sean valorados y conservados. No obstante, se requiere que esas valoraciones tengan lentes críticos que analicen las ventajas conseguidas y los retos a enfrentar. Respecto a la democratización del constitucionalismo mexicano, valdría la pena discutir acerca de la tradición presidencialista que aun impera en estos días y cómo repensar la ingeniería constitucional para que el ejercicio del poder pueda ser limitado por el derecho y la constitución sea un genuino escudo ante el autoritarismo.

V. El constitucionalismo mexicano en la distribución del poder

El constitucionalismo mexicano tiene una deuda democrática por partida doble. Sin entrar al análisis teórico que propone el modelo constitucional mexicano –de herencia europea–, se ha realizado una crítica a la falta de cumplimiento pragmático que la constitución mexicana propone. Se ha explicado cómo el papel protagónico del que se otorga al poder Judicial para preservar la democracia y los derechos humanos no se materializa. Al contrario, la dinámica constitucional permite la acumulación de poder del Ejecutivo. En síntesis, se ha jugado en la cancha que el constitucionalismo mexicano ofrece y aun así se encuentran deficiencias graves en su democratización del poder.

Es momento de analizar los problemas teóricos que hay dentro del modelo. Aunque, en la realidad, el derecho sigue sin poder regular al poder, es cierto que se han logrado avances que, en comparativa, producen escenarios más deseables a los que caracterizaron el siglo XX. Es por ello que, independientemente de su actual falta de cumplimiento, es productivo revisar si la ruta constitucional trazada llegará a buen puerto. Es decir, si los progresivos avances que se han presentado –y se espera, sigan haciéndolo– son las estrategias adecuadas para las necesidades de la sociedad mexicana, o bien, será necesario apostar a nuevos elementos que permitan mejores resultados y que eventualmente consoliden el mejor escenario constitucional posible.

Usualmente, son las crisis y los momentos de estallido social lo que les da vida a las nuevas constituciones (Elster, 1995). Por ello, es que las constituciones usualmente son más “aversivas” que “aspiracionales” (Gargarella, 2019, pág. 9). Normalmente, es más sencillo conocer qué es lo que no se desea que conocer qué es lo deseable. Así es como Sunstein explica que las constituciones son herramientas que las sociedades utilizan para protegerse de “las tendencias más amenazadoras de una nación” (1993, pág. 36). Gargarella ha desarrollado el punto al decir que “la idea es que las sociedades utilicen, y deberían usar, sus energías legales para enfrentar algunas de las principales dificultades sociales e institucionales que encuentran en su propia historia” (Gargarella, 2019, págs. 9-10). De ahí se puede afirmar que las constituciones requieren atender el contexto específico de la nación a la que pretende dar forma normativa. Los constituyentes deben preocuparse por los males que aquejan a las sociedades y establecer mecanismos que les permitan erradicarles. Ello sin prejuicio de entablar rutas propositivas que aspiren a dar visiones innovadoras de las nuevas realidades constitucionales.

Casos donde las constituciones abogan por el combate o la no repetición de males, abundan en la historia. En un primer momento, sale a relucir la declaración del hombre y el ciudadano, producto de la revolución francesa, cuya misión era combatir el absolutismo y fortalecer los sistemas democráticos y de derechos –civiles, políticos e incluso algunos sociales– en la nación francesa (Peces-Barba, 2011, pág.137). También se encuentra en las constituciones centroamericanas, que, ante el historial de dictaduras militares y golpes de estado que les caracterizaron, tienen múltiples sistemas de control militar y de confrontación ante posibles sublevaciones castrenses. El caso más evidente es el constitucionalismo europeo, que reconfigura la manera de entender las constituciones para crear mecanismos de protección de los derechos y que los horrores de la Segunda Guerra Mundial no fueran repetidos (Ferrajoli, 2014, págs. 14-19).

En la historia constitucional mexicana se encuentran casos similares. Para evitar más inestabilidad por las pugnas entre liberales y conservadores, el constituyente de 1857 prefirió ser neutro en las demandas de ambos (Gargarella, 2018, pág. 112). Las condiciones paupérrimas en que vivían las poblaciones durante el porfiriato obligaron al constituyente de Querétaro al reconocimiento de garantías de carácter social. Las constantes fricciones entre Iglesia y Estado, desde el siglo XIX hasta el primer cuarto del siglo XX, llevaron a que la Constitución de 1917 estableciera restricciones a los derechos de los miembros del clero.

En la consolidación del Estado constitucional de derecho en México se ha optado por aspirar a las democracias europeas y a sus modelos constitucionales de la posguerra (Niembro, 2013, pág. 192). Aunque es de justicia decir que no es una decisión unilateral o única en Latinoamérica, sino que es un fenómeno visto en los procesos de revisión constitucional desde la década de los ochenta con la constitución de Brasil (1988), Costa Rica (1989), México (1992, 2011), Paraguay (1992) o Argentina (1994), entre otras. Con la ola democratizadora de América Latina que terminó con las dictaduras militares (excepto el caso de Perú, cuyo proceso constituyente se dio en la dictadura fujimorista) y los regímenes autoritarios, como México, se importó el diseño institucional y las concepciones de los derechos que Europa utilizó para consolidar sus democracias. La utilización de los mecanismos constitucionales europeos en América ha sido interpretada como una forma de colonialismo jurídico que históricamente ha estado presente (Clavero, 2010). Esta importación no consideró las diferencias contextuales entre Europa y América, dando por sentado la eficacia del modelo. Posiblemente, las pocas adaptaciones que se hicieron del modelo tuvieron efectos adversos. En lugar de establecer medidas aversivas de los problemas propios de las naciones latinoamericanas, crearon disposiciones permisivas para preservar dichos problemas. La mejor muestra radica en el presidencialismo, que, en lugar de diluirlo con una distribución más equitativa entre poderes, fue perpetuado. Es así como en el nuevo constitucionalismo de la región¹⁴³ decidió apostar a algo nuevo, donde se modula sus beneficios al preservar mucho de lo viejo.

Al pensar en México es necesario hacer un análisis de los males que le aquejan para determinar qué mecanismos constitucionales pueden ser útiles para resolver los problemas del pasado. En México, existen dos grandes deficiencias: de democracia y de derechos humanos. La ausencia de fuerza normativa de la constitución consolidó en el pasado una tradición social y política donde el sistema democrático era controlado por el Estado de acuerdo con los intereses del momento y, sobre todo, donde los sectores sociales han sido apartados de posiciones deliberativas o de decisión. De ahí se infiere que hay una necesidad o tarea pendiente que debería atender el constitucionalismo mexicano: la democratización de las posiciones de decisión para distribuir efectivamente el poder.

¹⁴³ Sería importante aclarar que dentro del saco de los constitucionalismos latinoamericanos que fueron europeizados quedan fuera el llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, que amerita un análisis propio. Al respecto, se recomienda: Gargarella, R. (2018). “Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 27(1), 109-129.

Situación distinta es el constitucionalismo europeo, donde la necesidad constitucional era crear controles que protejan los derechos humanos ante el poder autoritario y ante el poder democrático. Por ello, se apostó por la rigidez constitucional y por la limitación de quienes pueden interpretar derechos (Ferrajoli, 2018, pág. 13-16). Así se construyen tribunales dotados de supremacía constitucional y se alejan a las mayorías de cualesquiera posibilidades para determinar el significado de la constitución. Esa imposición tiene sentido porque, en los horrores que pretenden evitar, las mayorías tuvieron una influencia relevante. Por otro lado, la judicatura no siempre funcionó como un facilitador del autoritarismo fascista. Por ejemplo, en Alemania, los jueces constituyeron el más grande defensor del principio de legalidad ante los proyectos de Hitler (Pérez-Luño, 2007, págs. 31-32). Por consiguiente, las sociedades europeas optaron por atarse a sí mismas las manos y confiar la preservación de los derechos fundamentales a los jueces. Es así como hay una necesidad distinta entre el constitucionalismo europeo y el mexicano. Mientras la historia de los primeros exige mecanismos que impidan a las mayorías poner en riesgo a las minorías o provocar el suicidio democrático, los segundos requieren instrumentos que democratizen realmente el ejercicio del poder y que no permitan ningún tipo de concentración de este en figuras de autoridad. Ello lleva a que las concepciones de democracia deban diferenciarse, pues, sustancialmente, los contextos exigen participaciones de diferente índole de manera sustantiva.

Sin embargo, esa diferencia entre las necesidades constitucionales de Europa y México no han sido contempladas en la transformación constitucional de las últimas décadas. La deuda democrática que mantiene el constitucionalismo mexicano proviene de la estructura constitucional que aspira eventualmente materializar –que hasta el momento se ha logrado en su sentido mínimo–. Tanto la constitución mexicana como la interpretación constitucional han procurado la institucionalización de la “supremacía judicial” (Niembro, 2013, pág. 192). Kramer entiende la supremacía judicial como el sistema de ingeniería constitucional donde la judicatura posee la última palabra respecto a la interpretación constitucional, monopoliza su significado y extiende su interpretación para todos (2004, pág. 125). Así, todos los poderes públicos y las interacciones sociales están subordinadas a la actuación de la corte. Esta situación trae a la mesa el tema de la (i)legitimidad democrática con la que opera el poder Judicial, pues pone en entredicho la capacidad de autonomía de la que gozan las comunidades políticas para darse sus propias normas –en este caso, a través del Legislativo– y vulnera la posibilidad de la ciudadanía para tomar decisiones respecto a los conflictos de los derechos (Waldron, 2008, pág. 1353).

Por lo tanto, la supremacía judicial lleva una eventual marginación de los sectores sociales en la vida constitucional. Aunque, me parece, es una crítica que puede realizarse al constitucionalismo europeo, los costos de ese diseño institucional son mayores en el contexto mexicano, pues repite el mal autoritario de alejar la materia constitucional de la deliberación plural. La única diferencia –que es menor problemática, pero no por ello deseable– es que la constitución ya no está determinada por el voluntarismo presidencial, sino por un proteccionismo judicial de buena fe.

Este modelo constitucional responde a las concepciones de la democracia militante. Estas pretenden mantener la fuerza normativa de la constitución a través de cláusulas de eternidad y mecanismos de conservación (Niembro, 2021c).

Para profundizar, la democracia militante recoge la “paradoja de la democracia” y apuesta por preservar la materia constitucional que construyó para las generaciones futuras, blindándoles de posibles cambios democráticos que en el futuro puedan comprometer la propia democracia y los derechos (Chávez, 2021, págs. 287, 298). Este razonamiento encuentra su justificación en una perspectiva deliberadamente elitista de la sociedad. Se identifican a los grupos sociales como incapaces para tomar decisiones inteligentes o, al menos, que apuesten por el bienestar de toda la sociedad, por lo que esa facultad de decisión debe ser ejercida por

las personas educadas y civilizadas que sí tienen capacidad de razonar para encontrar el bien común (Balkin, 1995, pág. 1947). Por lo tanto, las decisiones de la materia constitucional deben estar en manos de personas que recibieron cierto estándar de formación. Los jueces son el sector público adecuado para cumplir esa función, en tanto hayan sido aislados de las presiones y las pasiones que son constantes en la política (Alterio, 2015, pág. 330). En síntesis, es atinado Pisarello al señalar que el constitucionalismo europeo se ha reconvertido el principio democrático en un mecanismo de selección de élites (2011, pág. 129).

Es preciso aclarar que la doctrina o el modelo constitucional europeo tenga virtudes que aportar al contexto mexicano. Ciertamente, las estrategias de límites al poder de la autoridad son herramientas necesarias para que otras concepciones de democracia puedan, genuinamente, socializar las decisiones e involucrar a la ciudadanía. Así, se evita la aparición de “cesarismos democráticos”¹⁴⁴ que degeneran el sistema de participación para dar pie a democracias dudosas, como el caso de Venezuela. Particularmente, la reforma de derechos humanos de 2011, marca un precedente relevante en la cultura jurídica para combatir el ostracismo del derecho mexicano y entender concepciones mejor evolucionadas respecto a los derechos fundamentales o la dignidad humana.

Resulta ilógico pensar que el constitucionalismo mexicano apueste a un modelo de democracia elitista cuando una de sus principales necesidades es combatir el propio elitismo que ha caracterizado al Estado mexicano. El problema del elitismo se pronuncia cuando se contempla que: existe un desacuerdo profundo sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales (Niembro, 2021a). Destaca Waldro, pues en su obra *Derecho y Desacuerdos* (2005), atiende a la falta de consenso político respecto a las concepciones de derechos y señala las actitudes complacientes del elitismo constitucional y sus visiones “simplistas” del proteccionismo de los derechos sociales.

Más moderado es Carlos Santiago Nino (1997), al no rechazar por completo los controles constitucionales de garantías de derechos. Sin embargo, abandona la concepción elitista o militante de la democracia para unirse a las filas de la democracia deliberativa. En esta concepción de la democracia, se procura la participación de la ciudadanía en dos sentidos: a) constituirse como guardianes del sistema democrático a través de la defensa de la tolerancia, el respeto y la deliberación (Niembro, 2021a), y b) participen en ejercicios de autogobierno para determinar el contenido de los “verdaderos derechos” (Salazar, 2013, págs. 242-246).

Sobre la primera forma de representación, es evidente que se apela al proceso de fortalecimiento democrático a través de la valoración de sus virtudes y sus mecanismos desde una dimensión social, no jurisdiccional. Y, sobre el segundo, Nino explica que la democracia tiene un “valor epistémico” porque materializa un proceso de discusión y socialización de posturas que, bajo ciertas características, permite llegar a decisiones moralmente correctas. El porteño afirma que entender a los derechos fundamentales *a priori* para el desarrollo democrático –básicamente es lo que propone Ferrajoli (2010) al hablar de “la esfera de lo indecible” o Garzón Valdés (2004) con “el coto vedado de los derechos”– resulta peligroso, pues si se segregan los derechos fundamentales de lo que se puede decidir en democracia, quedan muy pocas cosas por ser resueltas democráticamente. También explica que, de ser así, el proceso epistémico de la democracia muere, pues será imposible descubrir cuales son los derechos *a priori* para sostener la democracia, si no existe un procedimiento que permita compartirlos y socializarlos (Nino, 1997, págs. 180-194).

¹⁴⁴ Al respecto, ver: Uprimny, R. (2011). “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en: Rodríguez Garavito, C., (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa de pensamiento jurídico del siglo XXI*, ed. Siglo XXI.

Desde una óptica de resultados, el proceso deliberativo de la democracia lleva a que los derechos puedan ser una realidad cercana a los destinatarios de los derechos. El reconocimiento elitista y prolifero de los derechos ha sido una constante en Latinoamérica; sin embargo, no ha sido suficiente para que constituyan un axioma presente en la vida de las personas. Los derechos seguirán constituyendo letra muerta al servicio interpretativo de las cupulas mientras no sean democratizados y no se procure un consenso respecto a sus alcances (Gargarella, 2013).

VI. Conclusiones

En definitiva, los avances en materia constitucional que se han dado desde hace décadas han transformado las dinámicas jurídicas, sociales y políticas de manera favorable. Particularmente, la reforma constitucional en derechos humanos es el cambio más drástico en la consolidación del Estado constitucional de derecho. Dicha renovación constitucional dio una necesaria bocanada de aire fresco a la práctica jurídica y permitió a México ponerse al corriente de los debates constitucionales y los retos teóricos propios de la época.

A diez años de dicha conquista histórica a favor de los derechos humanos, producto de los esfuerzos de colectivos, organizaciones de la sociedad civil, la academia y los organismos internacionales, es momento de hacer un corte de caja para reinterpretar los retos existentes, evaluar las estrategias utilizadas y optimizar los esfuerzos futuros. Para ello, se requiere cierto nivel de introspección que cree conciencia sobre las necesidades constitucionales que la historia le exige al constituyente permanente y de las expectativas que se deben perseguir en el futuro para la consolidación de un Estado constitucional de derecho.

Por ello, en este capítulo se apostó por una perspectiva crítica del constitucionalismo mexicano para estudiar qué papel le ha dado al sistema democrático y a la distribución del poder. Esto, desde los dos objetivos indispensables que persigue el constitucionalismo: limitar el poder y distribuirlo.

Al revisar la manera en que el poder ha sido limitado por la constitución se encontraron fallas sustanciales. Los fantasmas autoritarios del siglo XX y sus prácticas son renuentes a desaparecer y han descubierto manera de preservarse en el tiempo a pesar de los cambios suscitados. El presidencialismo y la invasión a los otros poderes constituidos deja sin efectos cualquier posible contrapeso. Ello motiva a que el contenido constitucional y el ejercicio del poder continúe concentrado y fuera de cualquier campo “democrático”. El constitucionalismo mexicano hasta el momento no ha podido imponerse ante la figura presidencial y circunscribir su capacidad de acción, de manera que se encuentra sujeto a las voluntades políticas del gobernante en turno. Todo ello ha imposibilitado que los beneficios prometidos por el constitucionalismo europeo sean plenamente conquistados en México.

Por otro lado, aun en el supuesto de que el modelo del constitucionalismo europeo logró materializarse en la realidad mexicana, es necesario evaluar qué tan deseable es dicho paradigma. Al respecto, se analizó cómo es que el constitucionalismo mexicano requiere de mecanismos incluyentes, que no tengan una lógica de participación limitada, sino que contemplen pluralidad y dialogo como procesos resolutorios. Ciertamente, al analizar el modelo constitucional en que se han inspirado los últimos cambios, es evidente que no se satisface dicha necesidad constitucional. La perspectiva elitista de la democracia termina por pronunciar la deuda democrática que existe de facto en el país.

Por lo tanto, es necesario que se establezcan rutas que atiendan al contexto específico de la nación mexicana, de manera que sus males sean atendidos por controles constitucionales atinentes. La ruta propuesta en este capítulo es el modelo deliberativo de democracia, donde se sustituye la omnipresencia presidencial y el proteccionismo jurisdiccional de buena fe para que las decisiones sean tomadas desde el ejercicio deliberativo y consciente de la ciudadanía. En contra de la idea generalizada que entiende a las mayorías como peligrosas, se apuesta por el empoderamiento de los sectores sociales para, eventualmente, determinar los alcances de los derechos fundamentales.

VII. Referencias bibliográficas

- Alterio, A.M. (2015). *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales* [Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid].
- Alterio, A.M. (2019). La Suprema Corte de Justicia Mexicana en la Transformación Social. En Niembro, R. y Verdugo, S., *La Justicia Constitucional en Tiempos de Cambio*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Arango Restrepo, A.C. (2019). Mutaciones del presidencialismo, La transformación del poder presidencial en Colombia (1974-2018). *Estudios Constitucionales*, 2, pp. 91-120.
- Balkin, J. M. (1995). Populism and Progressivism as Constitutional Categories. *Faculty Scholarship Series*, Paper 268, 1995, pp. 1935-1990.
- Bobbio, N. (1985). *Origen y fundamento del poder político*. Grijalva.
- Caballero Ochoa, J.L. (2011). La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución). En Carbonell, M. y Salazar, P., *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carbonell, M. (1998), *Constitución, reforma constitucional y fuentes de derecho en México*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carpizo, J. (2011). La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 131(44), pp. 553- 598.
- Chávez Cervantes, J. de J. (2017). El débil constitucionalismo mexicano. *Revista Jurídica Jalisciense*, 57, pp. 73-110.
- Chávez Cervantes, J. de J. (2019). El poder constituyente: debate entre generaciones (a propósito de la asamblea constituyente en Jalisco). *Derechos Fundamentales a Debate*, 10, pp. 84-99.
- Chávez Cervantes, J. de J. (2021). *La tensión democrática en el constitucionalismo moderno*. [Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid].
- Clavero, B. (2010). Bolivia entre constitucionalismo colonial y constitucionalismo emancipatorio. En: Chivi Vargas, I., *Bolivia. Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo*. Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia.
- Elster, J. (1995), Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process, *Duke University School of Law*, 45(1), pp. 364-496.
- Fix Zamudio, H. y Valencia Carmona, S. (2009). *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 6a. ed., Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del Estado*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Trotta.
- Gargarella, R. (s. f.). *Lo "viejo" del "nuevo" constitucionalismo latinoamericano*. Yale Law School.
- Gargarella, R. (2019). Constitución y democracia. Algunas lecciones aprendidas y algunas lecciones que aprender. *Derechos Fundamentales a Debate*, 10(1), pp. 08-22.
- Gargarella, R. (2018). Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 27(1), pp. 109-129.

- Gargarella, R. (2013). *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Oxford Scholarship Online.
- Garzón Valdés, E. (2004). Para ir terminando. En: Atienza, M., *El derecho como argumentación*. Fontamara.
- Kramer, L. (2004). *The people themselves. Popular constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press.
- Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución*. Ariel.
- Magaloni, A. L. y Zaldivar, A. (2007). El ciudadano olvidado. En Vázquez, R. (comp.), *Corte, jueces y política*. Fontanamara-Nexos.
- Magaloni, B. (2008). Enforcing the Autocratic Political Order and the Role of Courts: The Case of México. En Ginsburg, T. y Moustafa, T. (eds.), *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press
- Niembro, R. (2013). Una mirada al constitucionalismo popular. *Isonomía*, 38(1), pp. 191, 224.
- Niembro, R. (2019), *La Justicia Constitucional de la Democracia Deliberativa*. Marcial Pons
- Niembro, R. (2021a). Claves para la construcción de una cultura de los derechos humanos (05 de septiembre de 2021). IberICONect, <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/claves-para-la-construccion-de-una-cultura-de-los-derechos-humanos/>
- Niembro, R. (2021b). *La argumentación constitucional de la Suprema Corte*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Nino, C.S. (1997), *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa.
- Nino, C.S. (1992). El hiper-presidencialismo argentino y las concepciones de democracia. En: VVAA. *El presidencialismo puesto a prueba*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Nino, Carlos Santiago (1990). El presidencialismo y la justificación, estabilidad y eficiencia de la democracia. *Propuesta y control*, pp. 39-56.
- O'Donnell, G. (2001). Accountability horizontal. La institucionalización legal de la desconfianza política. *Isonomía*, 14, pp. 07-31.
- Peces-Barba, G; Fernández García, E. y De Asís Roig, R. (1999), *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Perez-Luño, A. (2007). *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*. Tébar Flores.
- Pisarello, G. (2011). *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Trotta.
- Post, R. y Siegel, R. (2007). Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 42, pp. 373-433.
- Rocha Quintero, J. (2015). Autoritarismo y democracia en México. *Revista Análisis Plural*, 09, p. 75-86
- Salazar Ugarte, P. (2013). *La democracia constitucional*. Fondo de Cultura Económica.
- Sunstein, C. (1993). *Against Positive Rights Feature*, 2 *East European Constitutional Review* 35.
- Waldron, J. (2008). The Core of the Case Against Judicial Review, *Yale Law Journal*, 115.
- Waldron, J. (2005). *Acuerdos y desacuerdos*. Marcial Pons.
- Woldenberg, J. (2012). *Historia mínima de la transición democrática en México*. El Colegio de México.